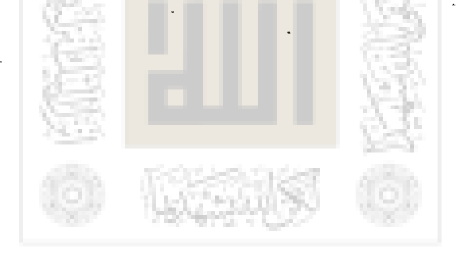
شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

المجلد الرابع

دار
إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان



شرح فتح القدير
للعاجز الفقير



شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

دار إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان



الجزء الرابع

(الجزء الرابع)

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير
تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد
ابن عبد الحميد بن مسعود السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام
الحنفي المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ مع
الكفاية لمولانا جلال الدين الخوارزمي الكرلاني على الهداية
شرح بداية المبتدي تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبي
الحسن علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني
الرشداني المتوفى سنة ٥٩٣ في
الفقه على مذهب الامام
الاعظم أبي حنيفة رحمهم
الله ونفعنا بهم
آمين

وبهامشه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدي چلبي و بسعدي أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية وفتح القدير والكفاية في الصلب الاول في صدر الصحيفة و يليه الثاني مفصولا بينهما بجدول ثم الثالث مفصولا بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدي چلبي الاول في صدر الهامش و يليه الثاني والتعقيبة تابعة للهداية فليعلم

(قال في كشف الظنون)

ان الهداية كالقرآن قد نسخت * ما صنفوا قبلها في الشرع من كتب
فاحفظ قواعدها واسلك مسالكها * يسلم مقالك من زيغ ومن كذب

(وقال بعضهم)

برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة مقتدى علمائه
أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه

دار احياء التراث العربي

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب طلاق المريض)

(واذا طلق الرجل امرأته فی مرض موته طلاقا بائنا فمات وهی فی العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا

(باب طلاق المريض)

لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا وجزأ شرع فی بيان طلاق المريض اذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروری اذ لا شك ان فهم المراد من لفظ المرض أجلی من فهمه من قولنا معنی يزول بحلوله فی بدن الحی اعتدال الطبائع الاربع بل ذلك يجری مجری التعريف بالاخفی (قوله فی مرض موته) احترازعما لو صح من ذلك المرض بعدما طلقها ثم مات وهی فی العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لان فی الرجعی يرثها وترثه فی العدة وان طلق فی الصحة لقيام النكاح قال ابن المنذر أجمع أهل العلم ان فی طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان فی العدة وأجمعوا انه لو طلقها فی الصحة فی كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا يرثه الآخر وبالعدة لانه الا ترثه اذا مات بعد انقضائها خلافا لمالك فی قوله ترث وان تزوجت بعشرة أزواج ولابن أبی ليلی فی قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول أحمد ويعرف تقييد الارث بالعدة انه لو طلق امرأته التی لم يدخل بها فی مرض مات فيه لا ترث لانه لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لانه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونهما ممن يتوارثان حال الطلاق لانه تعلق حقها بماله اذا مرض هو اذ الذمية لو كانت كتابية أو أحدهما مملوكا وقت الطلاق لا ترث وان

(باب طلاق المريض)

(قوله اذا طلق الرجل امرأته فی مرض موته طلاقا بائنا) قيد بالبائن لان فی الطلاق الرجعی اذا مات الزوج وهی فی العدة ترث أيضا لكن لا باعتبار الفرار بل باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه وبمرض الموت لانه اذا طلقها بائنا فی صحته أو فی مرضه ثم صح ثم مات لا ترث وبغير الرضا لانه اذا كانت برضاها لا ترث وبالموت فی العدة لانه اذا مات بعد انقضاء العدة لا ترث * وقال ابن أبی ليلی ترث منه وان مات بعد

(باب طلاق المريض) لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزأ شرع فی بيان طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكر اذ المرض من العوارض السماوية فأخر بيانه عن بيان حكم من به الاصل وهو الصحة (واذا طلق الرجل امرأته فی مرض موته) وهذا يسمی طلاق الفار والاصل فيه ان من أبان امرأته فی مرض موته بغير رضاها وهی ممن ترثه ثم مات عنها وهی فی العدة ورثته خلافا للشافعی قيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان توريثها منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها بائنا فی

(باب طلاق المريض) (قوله وتعليقا كلا وجزأ) أقول لعل مراده تطليقها نصف تطليقة أو ثلثها أو ما أشبه ذلك

ميراث

ميراث لها) وقال الشافعی رحمه الله لا ترث فی الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهی السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها فی مرض موته والزوج قصد ابطاله

أسلمت فی العدة قبل موته أو عتق لا ترث أما لو قال فی مرضه اذا أسلمت فانت طالق بائنا ترثه لانه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما اذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة أشهر فعند أبی يوسف ترث وعندهما لا ترث بناء علی ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضی به العدة عنده حملا علی انه حادث فی العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه ويتيقن بوضعه براءة الرحم فتنقضی به العدة بعد موته فترث وعندهما لا يحمل علی الزنا وان قالته بل علی انه من زوج آخر بعد عدة الاول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وستأتی المسئلة فی ثبوت النسب (قوله وهی السبب) أی الزوجية هی السبب فی الارث وقد انقطعت بالبينونة وكذا لا يرثها اذا ماتت فی العدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين وبمذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة ونقله أبو بكر الرازی عن علی وأبی بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت ولم يعلم عن صحابی خلافه وهو مذهب النخعی والشعبی وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثوری وحماد بن أبی سليمن والحرث العكلی لنا الاجماع والقياس أما الاجماع فلان عثمان رضی الله عنه ورث تماضر بنت الاصبغ بن زياد الكلبية وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها فی مرضه ومات وهی فی العدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان اجماعا وقال ما اتهمته ولكن أردت السنة وهذه الرواية أليق بما روی عن عثمان انه قال حين ورثها فر من كتاب الله وقد ذكر عن عبد الرحمن انه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبير فی خلافته لو كنت أنا لم أورثها أراد به لعدم علمی اذ ذاك بان الحكم الشرعی فی حقها ذلك وهو بعد انعقاد الاجماع فيه فلا يقدح فيه لا يقال بل علی هذا التقرير لم يكن اجماعا لانه كان سكوتيا وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك فقيها لكنه لم يكن فی ذلك الزمان من الفقهاء اذ لم يعرف له قبل ذلك فتوی ولا شهرة بفقه والحكم فی ذلك يتبع ظهور ذلك خلافه كخلاف ابن عباس فی مسئلة العول وقول المالكية كان قضاء عثمان بعد العدة معارض بقول الجمهور انه كان فيها وأما القياس فعلی ما لو وهب كل ماله أو تبرع لبعض الورثة فی مرض موته بجامع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لان حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لانه سبب الموت ولذا حجر عن التبرعات بما زاد علی الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بعد الاجماع وهذا القياس لا يتوقف علی ظهور قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده أو لم يقصده ولم يخطر له وأما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه علی قاتل المورث وصورته هكذا قصد ابطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده ولذا اختلف خصوص الثابت فی الاصل والفرع فانه فی الاصل منع الميراث وفی الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل فی طريق الآمدی بمناسب غريب اذ لم يشهد له أصل بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه فی المحل أعنی القاتل وأما عندنا فقد ثبت

انقضاء العدة وقال مالك رحمه الله ترث وان مات بعد ما تزوجت بزوج آخر * وقال الشافعی رحمه الله لا ترث فی العدة وبعدها وهو القياس * لنا اجماع الصحابة رضی الله عنهم بتوريث امرأة الفار وقد صح ان عثمان ورث تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها فی مرضه * فان قيل لا اجماع فقد قال ابن الزبير فی حديث تماضر لو كان الامر الی لما ورثتها * قلنا معنی قول ابن الزبير ما ورثتها الجهل بوجه الاستحسان فتبين انه كان يخفی عليه ما لم يخف علی عثمان رضی الله تعالی عنه * وفی بعض الروايات انها سألته الطلاق فعنی قوله ما ورثتها لانها سألت الطلاق وبه نقول ولكن توريث عثمان رضی الله عنه اياها بعد سؤال الطلاق دليل علی انه كان يورثها قبله * وقد قيل هی سألته الطلاق ولكن قال لها اذا طهرت فاذنينی فلما طهرت

مرض فصح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضا لانه اذا كان برضاها لا ترثه وممن ترثه لانها ان كانت كتابية أو أمة لا ترث وبالموت فی العدة لانها ان ماتت بعد انقضائها لم ترث خلافا لمالك وحكم الفرار كما ثبت من جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهی مريضة فانه يرثها (وقال الشافعی لا ترث فی الوجهين) يعنی قبل انقضاء العدة وبعدها لان سبب ارثها منه الزوجية والزوجية قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق (ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا أن الزوجية سبب ارثها منه فی مرض موته) وهو ظاهر (والزوج قصد ابطال هذا السبب) بالطلاق وهو أيضا ظاهر

(قوله لانه اذا كان برضاها لا ترثه الخ) أقول فيه انه اذا طلقت نفسها ثلاثا فاجاز الزوج فی مرضه ترث وليس ذلك أقل من الرضا فليتأمل فی الفرق وليس لك ان تقول المراد تطليق نفسها فی صحته لانه صرح فی الغاية انها اذا طلقت نفسها ثلاثا فی مرض موته (قوله وحكم الفرار كما يثبت الی قوله فانه يرثها) أقول كيف يرث ولا عدة فی جانبه ولا قيام للنكاح بوجه من الوجوه فلا امكان وسيجیء ما يقويه بعد أسطر قال المصنف

(ولنا ان الزوجية سبب ارثها) أقول أی سبب تعلق حقها بماله والافظاهره مصادرة

(فيرد عليه قصده بتاخير عمله) أى عمل الطلاق (الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها) فان قيل ان كان سبب تاخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان يستوى فى ذلك الموطوءة وغيرها وماقبل انقضاء العدة ومابعده أجاب بقوله (وقد أمكن) يعنى انما يصح توريثها منه اذا أمكن تاخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائما وقد أمكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح فى العدة باق فى حق بعض الآثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح أربع سواها فجاز أن يبقى فى حق

فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن لان النكاح فى العدة يبقى فى حق بعض الآثار فجاز أن يبقى فى حق ارثها عنه بخلاف مابعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية فى هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل فى حقه خصوصا اذا رضى به (وان طلقها ثلاثا بامرها أو قال لها اختارى فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهى فى العدة لم ترثه) لانها رضيت بابطال حقها

اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس أن ترث ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا أن أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه العلة الامكان وهو ببقاء العدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لابد أن يكون النسب أو سبب وهو الزوجية والعتق فحيث اقتضى الدليل توريث الشرع اياها لزم انه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ومعلوم ان بقاءه اما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس الا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته فى عدتها والمصنف لم يعين لقياسه أصلا فى الالحاق بل قال قصد ابطال حقها فيرد عليه قصده دفعا للضرر ومثله لا يفعل الا اذا كان هناك أموال شتى يمكن الالحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد أصل سوى قاتل المورث ويمكن انه اعتبر أصوله كل من ألزم ضررا بطريق غير مباح فانه يرد ذلك عليه الا ان قوله الزوجية سبب ارثها فى مرض موته غير جيد لانها سبب ارثها عند موته عن مرض أو فجأة والوجه أن يقول الزوجية سبب تعلق حقها بماله فى مرض موته والزوج قصد الخ (قوله بخلاف مابعد الانقضاء) أى انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث اذ لم يعهد بقاء شئ من آثار النكاح بعدها على انه روى عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبى بن كعب ان امرأة الفار ترث مادامت فى العدة وبه يحمل قول أبى بكر الصديق ترث مالم تتزوج أى مالم تقدر على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة أى مالم تقدر عليه (قوله والزوجية الخ) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها أى الزوجية فى هذه الحالة أى حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل فى حال مرضها ونقول لو كانت هى المريضة فابانت نفسها بان ارتدت حينئذ يثبت حكم الفرار فى حقها فيرثها الزوج بخلاف مالو ارتدت صحيحة لانها ما أبانت بنفس الردة قبل أن تصير مشرفة على الهلاك ولا هى بالردة مشرفة عليه لانها لا تقتل (قوله فتبطل فى حقه) برفع اللام فتبطل الزوجية بالطلاق البائن فى حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها اذا ماتت بخلاف ما اذا أبانها فى مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية فى حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفى سهو لانه حينئذ ينعكس الغرض اذ يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارثه منها لبطلت ولكنها ليست بسبب فلا تبطل واذا لم تبطل فيجب ان يرثها ولا يقول به أحد (قوله فان طلقها ثلاثا بامرها) ليس قيدا

آذنته وبهذا لا يسقط ميراثها (قوله وقد أمكن) أى تأخير عمله الى زمان انقضاء العدة (قوله لان النكاح فى العدة يبقى فى حق بعض الآثار) أى فى حق النفقة والسكنى والمنع عن الخروج والتزوج فيبقى فى حق الارث بخلاف مابعد انقضاء العدة لانه لا امكان لان الارث يعتمد النكاح من كل وجه أومن وجه وبعد الانقضاء لم يوجد أحدهما (قوله والزوجية فى هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها) جواب عن قول الخصم ولهذا لا يرثها اذا ماتت أى فى حال مرض موت الزوج والزوجية ليست بسبب لارثه عنها لانها صحيحة (قوله خصوصا اذا رضى به) أى فيما اذا لم يرض الزوج ببطلان حقه وماتت وهى فى العدة بان

ارثها مندفعا للضرر عنها بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لان التاخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلا وقوله (والزوجية فى هذه الحالة) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت ومعناه أن الزوج اذا كان مريضا لا يتعلق له حق فى مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها اذا ماتت أما لانه لم يتعلق حقه بمالها واما لانه رضى بحرمانها عن الارث حيث أقدم على الطلاق واما لانه لم يكن النكاح قائما بوجه من الوجوه (وقوله فتبطل فى حقه) قال فى النهاية بالنصب لانه جواب النفى وقال بعض الشارحين بالرفع لاغير ولكل منهما وجه خلا قوله لاغير فانه لا وجه له وقوله (وان طلقها بامرها) ظاهر قيل سؤالها الطلاق لا يربو على قولها أسقطت ميراثى من فلان وثمة لا يسقط أجيب بان الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض فاذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة فى حقها حكما

قال المصنف (فيرد عليه قصده بتاخير عمله) أقول أى عمل الطلاق المفهوم من السياق ويجوز ارجاع الضمير الى الابطال مرادا به الطلاق مجازا على سبيل الاستخدام (قوله واما لانه رضى بحرمانه الخ) أقول هذا الوجه أعم من الاول اذ يحتمل أن يكون الطلاق فى مرض موتها أيضا (قوله فتبطل فى حقه قال فى النهاية بالنصب الخ) أقول أنت خبير انه على تقدير النصب يكون المعنى فلا تبطل الزوجية وذلك ليس بصحيح والا كان ينبغى أن يرثها وقد اعترف به نفسه أيضا حيث قال ان النكاح لم يكن قائما بوجه من الوجوه ويجوز أن والتاخير

والتاخير لحقها وان قالت طلقنى للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعى لا يزيل النكاح فلم تكن

بل المقصود أن يطلقها ثلاثا بامرها ولهذا عطف قوله أو قال لها اختارى فاختارت نفسها عليه فان هذا القدر انما يثبت طلقة بائنة وكذا اذا اختلعت منه فى مرضه ثم مات وهى فى العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها اما فى الاولى فللامر منها بالعلة واما فى الاخريين فلانها باشرا العلة اما فى التخيير فظاهر لانه تمليك منها واما فى الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شراء الطلاق ومباشرة آخر وصفى العلة كمباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن فروع ذلك مالو قال لامرأتيه فى مرض موته وقد دخل بهما طلقا أنفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة نفسها وصاحبتها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى لا الثانية وورثت الثانية لانها لم تباشر علة الفرقة لا الاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل واحدة منهما طلاق ضرتها لا طلاق نفسها لخروج الامر من يدها لاشتغالها بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها وان طلقتا احداهما بان طلقت نفسها وطلقتها ضرتها ووجد ذلك معا طلقت ولا ترث لانه وجد فى حقها طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى المالك لانه أقوى أو كل يصلح علة وقد نزلا معا فيضاف الى كل كأن ليس معه غيره ولو قال فى مرضه طلقا أنفسكما ان شئتما فطلقت احداهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيئتهما خلافا لزفر كانه قال طلقا أنفسكما ان شئتما طلاقكما بخلاف ماتقدم فانه لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك فلو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر وصفى العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلامان منهما معا بانتا وورثتاه لان كلا باشرت بعض العلة هذا كله بشرط المجلس لانه تمليك ولو قال فى مرضه أمركما بايديكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد احداهما بالطلاق كمسئلة المشيئة سواء الا أنهما اذا اجتمعتا على طلاق واحدة منهما يقع وفى قوله ان شئتما لا يقع لانه جعل الرأى اليهما فى شيئين فاذا اجتمع رأيهما فى شئ صح كما لو وكل رجلين ببيع عبدين فباعا أحدهما وهنالك فوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان عدما قبل الشرط ولو قال طلقا أنفسكما بألف فقالت كل طلقت نفسى وصاحبتى بالف معا أو متعاقبا بانتا بالالف ويقسم على مهريهما لان الالف مقابل بالبضعين لا يعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بما تزوجهما عليه ولم يرثا لان الفرقة لا تقع الا بالتزام المال والتزام كل علة لانه شراء الطلاق فكان فعل كل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقتا احداهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مأمورتان بطلاقهما فقد أتتا ببعض ما أمرتا به ولم ترث لانه وقع بقبولها وان قامتا بطل الامر لانه طلاق ببدل فشرطه اجتماع رأيهما بخلاف المأمورتين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر فى حق نفسها لانه تمليك بطل فى حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافى (قوله والتاخير) أى تاخير عمل الطلاق لحقها وهى قد رضيت بابطاله ولذا لو حصلت الفرقة فى مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانيا فى الفرقة بخلاف مالو طلقت نفسها ثلاثا فاجاز الزوج فى مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لا ترث الا أن يكون أبوه أمره بذلك فعل بها مكرهة لانه بذلك ينتقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها وهى مريضة ورثها الزوج لكونها فارة وفى الجامع لو فارقته فى مرضها بخيار العتق أو البلوغ ورثها لانها من قبلها ولذا لم تكن طلاقا وفى الينابيع جعل هذا قول أبى حنيفة ومحمد وفى الفرقة

مكنت ابن زوجها لا ترث ففيما اذا رضى به وهو ما نحن فيه أولى ان لا ترث

واذا رضيت حكمنا بارتفاضها فيسقط الارث ضمناله وكم من حكم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا

يقال المعنى على تقدير النصب فيبطل الارث بعد تحقق سببه أى الزوجية فى تلك الحالة ليست سببا له حتى يلزم المحذور الذى هو بطلان الارث بعد تحقق سببه فالضمير راجع الى الارث وفيه تكلف

وكذلك اذا اختارت نفسها لانه دليل الرضا بالفرقة وبالخلع قد التزمت المال لتحصل لها الفرقة وهو أدل على الرضا بها وقوله (وان قال لها في مرضه) في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند أبي حنيفة ويجب ما أقر وأوصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر وقولهما في الاولى كقول زفر وفي الثانية كقول أبي حنيفة قال زفر (والميراث لما بطل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية) واذا

زال المانع يعمل المقتضى عمله و (وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فانعدمت التهمة) واستوضح ذلك بقوله ألا ترى وقوله (وهي سبب التهمة) أي العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبها كما في حقيقة الزوجية (والحكم) وهو عدم صحة الاقرار والوصية (يدار على دليل التهمة ولهذا يدار) الحكم المذكور (على النكاح والقرابة) حيث لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين ايثارا له على غيره ولكنه أمر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فاقامه الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من أسباب التهمة (ولا عدة في المسئلة الاولى) لتصادقهما على انقضائها وفي عبارته تسامح لانه ذكر

إن العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشيء مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان (ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه وقوله ولا مواضعة عادة) جواب عن قولهما ألا ترى أنه يقبل شهادته لها وهو واضح

بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا) الا على قول زفر رحمه الله فان لها جميع ما أوصى وما أقر به لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتى جاز له أن يتزوج أختها فانعدمت التهمة ألا ترى انه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال رضي الله عنه

بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها الا انها طلاق فكانت مضافة اليه وأورد ينبغي أن لا يرثها أصلا لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة أجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه أبقينا النكاح في حق الارث دفعا للضرر عنه أورد القصدها ابطال حقه كمستعجل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث امرأة الفار اذا مات بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية أكره على طلاقها الثلاث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو أكرهت على سؤالها الطلاق ترث (قوله ولو قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام) هاتان مسئلتان

(قوله والحكم يدار على دليل التهمة) لان التهمة أمر مبطن لا نوقف عليها فا... يدار الحكم على دليلها وهو قيام العدة فوجب تحقيق حكم التهمة عندها (قوله ولهذا يدار) أي ولان الحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية تدار على التهمة يدار هذا الحكم على النكاح والقرابة أي لا تجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته ولا لقريبه (قوله ولا تهمة في قدر الميراث) قال بكر رحمه الله ما تأخذه تأخذه بطريق الميراث لا بطريق الدين اذ لو كان بطريق الدين لكان التوى على الورثة ما دام شيء من التركة قائما وكذا لو طلبت ان تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان لها ذلك ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ولا يعطيها الورثة ليس لها ذلك وتعامل فيه بناء على زعمها الا ان في زعمها ان ما تأخذه تأخذه بطريق الدين * فالحاصل ان الشرع رجح جانب الورثة ان اختاروا أن يعطوها من عين التركة لهم ذلك وان اختاروا ان يعطوها من غير التركة لهم ذلك كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه (قوله ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج) جواب سؤال وهو ان يقال هذه التهمة غير معتبرة في الشرع ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ويحل وضع الزكاة فيها ولها ان تتزوج في الحال ولو اعتبرت التهمة شرعا لاعتبرت في حق التزوج اذ الحل والحرمة يؤخذ فيهما بالاحتياط قلنا هذه المواضعة تكون في حق الارث لا في حق هذه الاحكام عادة فاعتبرت هنا ولم تعتبر ثمة

(ومن كان محصورا أو في صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه أو قتل) وأصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش

ما اذا تصادقا في مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها قبل المرض وما اذا أنشأ طلاقها ثلاثا في مرض موته بسؤالها ثم أقر لها بمال أو أوصى لها بوصية فعند أبي حنيفة لها الاقل من الميراث ومن كل من الوصية والمقر به في الفصلين وقال زفر لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين وقالا في الاول كقول زفر وفي الثاني كقول أبي حنيفة لزفر ان المانع من صحة الوصية والاقرار الارث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الاولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتبار موجبهما قلنا ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة غير انهما قالا انما هي ثابتة في الثانية لا الاولى وذلك لان ثبوت التهمة به باطن فادير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل على ان مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع أن ما ينتفي بالتهمة من جواز الشهادة ثابت في الاولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وانها صارت أجنبية وعن هذا جاز وضع الزكاة فيها وان تتزوج بآخر من وقت التصادق ولابي حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة أيضا نظرا الى تقدم النكاح المفيد للالفة والشفقة وارادة ايصال الخير ولما لم يظهر اما تصادقا عليه الا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الاقرار والوصية وهذه التهمة انما تتحقق في حق الورثة لا في حق هذه الاحكام اذ لم تجر العادة بالتواضع للتزوج باختها أو هي بغيره أو لدفع الزكاة أو للشهادة فلذا صدقا فيها الا في حق الورثة وهذه التهمة انما هي في الزائد فينتفي ثم ما تأخذه انما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته انه لو توى شيء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة ولو طلبت أن تأخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان دينا لكان لها ذلك ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر وتعامل فيه بزعمها ان ما تأخذه دين ولو أقر بفساد نكاحها أو خلعها أجنبي في مرضه ترث وفي جوامع الفقه وكذا لو قال كنت جامعت أمك أو تزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر والقرابة أي قرابة الولاد فلا تقبل من الولد وان سفل لابيه وجده ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي أن ينظر ان كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فحينئذ لا تهمة في الاقرار لها والوصية وان كان ذلك في حال المطايبة ومبالغتها في خدمته ينبغي أن لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت له امرأة غيري أو تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق فانه قال قيل الاولى يحكم الحال ان كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضا وان لم يكن كذلك لا يقع قال السروجي فمقتضى ما ذكر من تحكيم الحال هناك أن تحكم هنا اه وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت علي ونحوه اذا اقترن بالمشاجرة أما هنا فلا اذ الايصاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر في ان تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها والا لم يوص لها ظاهرا والحاصل ان الظاهر بذلك الايصاء التواضع على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل أهل الحيل ذلك للاغراض (قوله ومن كان محصورا الخ)

(قوله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء) ثم المرض المعتبر ان يكون بحال يخشى عليه التلف لانه حينئذ يتعلق حقها بماله فالابانة في هذه الحالة ابطال حقها * وقيل ان لا يقوم الا بشدة * وقيل ان لا يقوم الا أن يقيمه انسان * وقيل أن لا يقدر ان يصلي قائما * وقيل ان لا يقدر على المشي الا ان يتهادى بين اثنين * وقيل ان لا يقدر على صب ماء من كوز الى كوز ومن يقوم بحوائجه في البيت كالمشي الى الخلاء والتوضي بنفسه كالصحيح عند البلخيين * وقال

وقوله (ومن كان محصورا أو في صف القتال) هذا لبيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شيء يقربه الى الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا فكانا في المعنى سواء وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا أن يكون صاحب فراش وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالاصحاء وكلامه واضح

وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكم الفرار بما هو فى معنى المرض فى توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذى فى صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذى بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات فى ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض

الحاصل ان مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك تكون حال عدم المرض كما تكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصا أو فى سفينة فتلاطمت الامواج وخيف الغرق أو انكسرت وبقى على لوح أو افترسه سبع فبقى فى فمه بخلاف ما اذا كان محصورا فى حصن أو فى صف القتال أو محبوسا للقتل أو نازلا فى مسبعة أو فى مخيف من العدو أو راكب سفينة دون ما قلنا والمرأة فى جميع ذلك كالرجل فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرناه من أحوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد فانه يرثها على ما بيناه آنفا والحامل لا تكون فارة الا فى حال الطلق وقال مالك اذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة فى كل ساعة قلنا المناط ما يخاف منه الهلاك ولا يخاف منه الا فى الطلق وتوجهه بالمرض قيل ان لا يقدر أن يقوم الا بان يقام وقيل اذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادى فصحيح والا فمريض وضعف بان المريض جدا لا يعجز أن يتكلف لهذا القدر وقيل أن لا يقدر أن يمشى الا أن يهادى وقيل أن لا يقوم بحوائجه فى البيت كما تعتاده الاصحاء وان كان يتكلف والذى يقضيها فيه وهو يشتكى لا يكون فارا لان الانسان قلما يخلو عنه فاما من يذهب ويجىء ويحم فلا وهو الصحيح فاما اذا أمكنه القيام بها فى البيت لا فى خارجه فالصحيح انه صحيح هذا فى حق الرجل أما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهى مريضة والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك والا فكالصحيح وبه كان يفتى برهان الائمة والصدر الشهيد وقيل ان كان لا يرجى برؤه بالتداوى فكالمريض والا فكالصحيح وقيل ما كان يزداد أبدا الا ان كان يزداد تارة ويقل أخرى ولو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمريض ترثه لانه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم

البخاريون اذا عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت فمريض * وعن أبى يوسف رحمه الله ان كان يخرج الى الصلاة فصحيح والمرأة لا تخرج فان عجزت عن حوائجها فى البيت كصعود السطح ونحوه فمريضة والا فلا والمقعد والمفلوج والمسلول كالصحيح لانه قد يعيش منه كثيرا قال ابن سلمة الا أن لا يرجى برؤه بالتداوى وقال الهندوانى الا أن يكون مرضه يزداد أبدا فان كان يزداد وينقص ان مات بعد ذلك بسنة فكالصحيح وان مات قبل سنة فمريض وذكر الناطفى فى تصرفات المسلول كسائر المرضى الا أن يتطاول وفسر أصحابنا التطاول بالسنة فاذا بقى على هذه العلة سنة فتصرفه بعد سنة كتصرفه حال صحته وذكر الحلوانى عن محمد رحمه الله اذا دام المريض على حاله سنة فحكمه حكم الصحيح * واختلف فى تفسير الطلق قيل الوجع الذى لا يسكن حتى تموت أو تلد وقيل ان سكن لان الوجع يسكن تارة ويهيج أخرى والاول أوجه * وحد المرض الذى يبيح التوكيل ان لا يقدر على المشى بقدمه ولو كان لا يقدر ولكن يحمل على الدابة أو على ظهر انسان فان كان يزداد مرضه بذلك يباح التوكيل وان لم يزدد اختلفوا (قوله ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف) وهو ان كل ما يكون الهلاك فيه غالبا فهو فى حكم مرض الموت وكل ما تكون السلامة فيه غالبا لكن قد يخاف الهلاك منه فهو فى حكم الصحة * منها راكب السفينة أو النازل فى المسبعة طلق امرأته لا يكون فارا وأما اذا انكسرت السفينة أو تلاطمت الامواج واشتدت الرياح أو وقع فى فم سبع فطلق يكون فارا * فاذا طلقها فى مرضه ثلاثا ثم قتل أو مات بغير ذلك المرض غير أنه لم يصح فلها الارث * وقال عيسى بن أبان رحمه الله تعالى لا ارث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر دل انه ليس بمرض الموت فلم يتعلق حقها

اذا

وقوله (ولهذا أخوات تخرج على هذا) منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار كالمريض فى هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا أخذها الطلق فهى كالمريضة ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح فى الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد فى علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك وقوله (وقوله اذا مات فى ذلك الوجه) بيانه اذا طلقها فى مرض موته ثم قتل أو مات من غير ذلك المرض الا أنه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن أبان يرى ان لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها فى صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا فى ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا

اذا قتل (واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر أو اذا دخلت الدار أو اذا صلى فلان الظهر أو اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول فى المرض ورثت الا فى قوله اذا دخلت الدار) وهذا على وجوه اما أن يعلق الطلاق بمجىء الوقت أو بفعل الاجنبى أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض أو كلاهما فى المرض أما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجىء الوقت بان قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق أو بفعل الاجنبى بان قال اذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط فى المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق فى حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا فى المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد

ترتب موته فلا يبالى بكونه بغيره واعلم ان قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار يقتضى الحاق حالة الطلق للحامل والمبارزة بحال الصحة الا أن يبرز لمن علم انه ليس من أقرانه فالاولى أن يعلق ما هو فى حكم مرض الموت بما يخاف منه الموت غالبا كما ذكره فى المرض على ان غالبها متعلق بالخوف وان لم يكن الواقع غلبة الهلاك فتامل وأما فى حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاء حكم المرض فقاله الشافعية ولم أره لمشايخنا (قوله فانت طالق) أى طالق بائن لان الفرار يثبت به لا بالرجعى والله الموفق (قوله اما أن يعلق الطلاق الخ) ضبط اما أن يعلقه بفعل أحد أو لا الثانى التعليق بنحو مجىء الغد والاول اما بفعل نفسه أو غيره وهو اما المرأة أو أجنبى والكل على وجهين اما أن يكون التعليق ووقوع الشرط فى المرض أو الشرط فقط ففى التعليق بفعل الاجنبى ومجىء الوقت ان كانا فى المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق فى حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان ايقاعا فى المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا يعنى يسلم قول زفر انه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ولو حلف بعد التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع فى الاول وحنث فى الثانى ولانه لم يكن فارا بالتعليق فى الصحة وبعده لم يوجد منه صنع فى وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبى ومجىء الوقت فلا يكون ظالما وأما فى التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال وان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق ان كان فى المرض أو بمباشرة الشرط ان كان التعليق فى الصحة وكون الشرط لا بد منه غايته ما يوجب اضطراره والاضطرار فى جانب الفاعل لا ينفى الضمان كمن اضطر الى

بماله يومئذ فصار كما لو طلقها فى صحته * قلنا الموت اتصل بمرضه حيث لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان ولم يتبين به ان مرضه لم يكن مرض الموت أمة تحت حر عتقت ووهب لها مال فاختارت نفسها وهى مريضة ثم ماتت فى العدة ورثها زوجها لان الفرقة منها حتى لا تكون طلاقا وكذلك صغيرة زوجها أخوها فبلغت ووطئها زوجها فاختارت نفسها فى مرضها فماتت فى العدة ورثها زوجها لان الفرقة منها حتى لم تكن طلاقا وكذا لو ارتدت فى مرضها أو قبلت ابن زوجها ورثها لان الفرقة منها ولو مضت مدة العنين فاختارت الفرقة فى مرضها لم يرثها زوجها لان الفرقة منه لانه امتنع عن الامساك بالمعروف فناب القاضى منابه فى التسريح بالاحسان ولهذا كان طلاقا وكذا لو جب بعدما أبانها بعد الدخول فتزوجها فعلمت فى مرضها واختارت نفسها وماتت لم يرثها زوجها لانه فرقة بالطلاق (قوله واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح) اذا جاء رأس الشهر الى قوله فانت طالق أى طالق بائن لان حكم الفرار انما يثبت اذا كان الطلاق بائنا (قوله الا فى قوله اذا دخلت الدار) أى الا فى فصل واحد وهو ما اذا كان التعليق بفعلها الذى لها منه بد (قوله ولا ظلم الا عن قصد) وهذا لانه صفة الفعل والمعلق بالشرط صار مرسلا عند الشرط لا بفعله وقصده ولان

(واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح) كلامه فيه واضح سوى ألفاظ نذكرها (قوله فانت طالق) يعنى طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله (وكانت هذه الاشياء) بمعنى وجدت تامة لا تحتاج الى خبر وقوله (يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا) يظهر بمسئلتين احداهما أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع أن طلاق المجنون غير واقع فدل على أنه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف أن لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث

تصرفه وأما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له منه بد أو لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها وأما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الابوين ترث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار وأما اذا

أكل مال الغير وأتلفه نائما أو مخطئا يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما بمرضه فاضطراره الى ابطاله يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار مع عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار ولا فرار مع عدم القصد وقوله (وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد) ربما يعطى ان المنظور اليه في اثبات حكم الفرار اذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار الا ان يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض أو الصحة وعلى الثاني لا يستقيم النظر الى التعليق في اثبات الفرار لانه ليس في حال تعلق حقها ويمكن ان يقال انه اضطرار جاء منه حيث علق بما لا بد منه مع علمه بورود أسباب الموت ولانه لاضطراره الى الشرط بفعله فكان حال التعليق راضيا بالشرط بل انما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيما فيه وأما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد لم ترث وقوله (لانها راضية بذلك) أي بالطلاق اذ الرضا بالشرط رضا بالمشروط أورد عليه ما لو قال أحد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربته فهو حر فضربه يعتق وللضارب تضمين الحالف فقد رضي بالشرط ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط اذا لم يكن مضطرا الى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الاعتاق فانها موضوعة فيما اذا كان أحد الشريكين قال ان لم أضرب هذا العبد اليوم

التعليق في الصحة انقلب تطليقا في المرض والتعليق لم يكن ظلما فلا ينقلب ظلما لان المعتبر حالة التعليق ألا ترى ان من علق وهو مفيق ثم وجد الشرط بعد ما جن تطلق وان لم يكن المجنون من أهل التطليق علم ان المعتبر حالة التعليق (قوله وأما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له بد منه أو لا بد له منه) فان قيل ينبغي أن لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرته فلا يصير الفعل ظلما فلا ترث قلنا الاضطرار في جانب الفاعل لا يبطل حق غيره لان حق غيره محترم معصوم وذلك لا يتفاوت بين كون المتلف مختارا وبين كونه مضطرا ألا ترى ان من أتلف مال الغير نائما أو مخطئا أو أصابته مخمصة فأكل مال الغير لاستبقاء مهجته فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان بقاء عصمته للغير يكفي لايجاب الضمان أو نقول لا تسقط عن فعله صفة العدوان بالنظر الى عصمة المحل ولهذا يضمن فكذا هنا (قوله وأما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها) الى قوله والفعل مما لها بد منه ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك لانها بمباشرة الشرط صارت راضية اذ الوجود مضاف الى الشرط فكان الرضا بالشرط رضا بالمشروط فان قيل اذا قال أحد شريكي العبد لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه يعتق وللضارب ولاية تضمين الحالف ولو كان الرضا بالشرط رضا بالمشروط لما كان له ذلك قلنا الارث يثبت بماله شبه العدوان فيبطل بماله شبه بالرضا ولا كذلك الضمان أو نقول مسئلة الاعتاق من قبيل ما لا بد لها منه لان موضوعها في كتاب العتاق فيما اذا كان قال أحد الشريكين ان لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه ان ضربته فهو حر فضربه فان الضارب يضمن للحالف وهو مضطر الى اكتساب هذا الفعل الشرط بطريق الاضطرار لا يدل على رضاه بالمشروط ولا كذلك في مسئلتنا فكانت راضية بالمشروط (قوله في الدنيا) راجع الى أكل الطعام (قوله أو في العقبى) راجع الى صلاة الظهر

وقوله (والفعل مما له منه بد أو لا بد منه يصير فارا) قد عليه ينبغي أن لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد له منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلما فلا ترث وأجيب بان الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر الى أكل مال الغير أو الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصمة المحل تكفي لايجاب الضمان وقوله (لانها راضية بذلك) يعنى صار كأنه طلقها بسؤالها لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك فان أحد شريكي العبد اذا قال لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع أن الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضا أجيب بان حكم الفرار يثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة بشبهة العدوان فانه روى عن عمر وعثمان وعلي وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه أيضا لشبهة الرضا ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضا المرأة فيكفى ذلك لنفى حكم الفرار وقوله (أو في العقبى) راجع الى

(قوله وقوله أو في العقبى راجع الى صلاة الظهر) أقول وأيضا راجع الى كلام الابوين

كان التعليق في الصحة والشرط في المرض فان كان الفعل مما لها منه بد فلا اشكال أنه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لان الزوج ألجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كأنها آلة له كما في الاكراه قال (واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمه الله تعالى ترث لانه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة أبطلت أهلية الارث اذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت

فهو حر فقال له شريكه ان ضربته فهو حر فضربه فللضارب تضمين الحالف لانه مضطر الى فعل الشرط وفعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا وأجاب في الكافي بان حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان فيبطل بماله شبهة الرضا ولا كذلك الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضا المرأة فيكفي لنفي حكم الفرار (وان كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الابوين) ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة (قوله كما في الاكراه) بان أكره انسانا على اتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن وينتقل الفعل اليه فكذا ههنا وكفعل القاضي فانه ينتقل الى الشاهدين حتى يضمنان اذا رجعا لانه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق وفي مبسوط شيخ الاسلام الصحيح ما قاله محمد (قوله فلا يصير الزوج فارا) يعنى الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص انما يتحقق شرعا بالابانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق الا في مرض موته وقد ظهر خلافه أو نقول هو بطلاقه فار لكن الفرار انما يؤثر في الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة (قوله أو لو طلقها) أي بائنا ثلاثا أو غيره في مرضه وهذا لانه فرع على هذا الطلاق نفسه مسئلة المطاوعة وقال انها ترث ولا يتفرع ارثها عليه الا اذا كان بائنا لانها اذا طاوعته بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعته حال قيام النكاح (قوله لم ترث) بخلاف النفقة فانها بالردة تسقط ثم بالاسلام تعود لانها معتدته (قوله لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي) بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لان المحرمية لا تنافي الارث بل تثبت معه كما في الام والبنت فانما تنافي النكاح خاصة فبقي الارث لعدم المزيل فرجع ضمير

(قوله كأنها آلة له كما في الاكراه) لان حد المكره أن يكون مضطرا بين شرين والمرأة كذلك لانها لو باشرت الشرط تتضرر بوقوع الطلاق وان امتنعت تعاقب في دار الآخرة وهذا الاضطرار جاء من الزوج فكانت مكرهة فيضاف فعلها اليه كمن أكره انسانا على اتلاف ماله وهذا لان الاكراه كما يقع بخوف تلف عاجل فكذلك يقع بالتفسيق ألا ترى ان فعل القاضي في باب القضاء بالشهادة منقول الى الشاهد حتى يكون الضمان عليهم اذا رجعوا لان القاضي يصير ملجأ اليه بشهادتهم لانه يفسق لو لم يقض بها فان قيل الضرورة التي توجب نقل الفعل اليه ضرورة حاملة وهذه ضرورة مانعة لان غرضه المنع من تحصيل شرط الطلاق قلنا لما ثبتت الضرورة ثبتت به شبهة الفعل وذا كاف لهذا الحكم لثبوته بشبهة العدوان (قوله لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي) أي الارث لان النكاح باق في هذه الحالة في استحقاق الارث فيكون الباقي هو الارث أو سبب الارث فان قيل ينبغي أن لا ترث لانا جعلنا النكاح باقيا حكما في حق الارث والنكاح الباقي حقيقة يبطل بالمحرمية فهذا أحق فصار كما لو طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق وكالمسئلة الاولى قلنا الردة تنافي نفس الحق وهو الارث لان المرتد لا يرث أحدا فلم يتصور بقاء النكاح بدون الاهل فاما المحرمية فانما يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافا اليها ولم يوجد لان النكاح قد بطل بالثلاث وانما بقي في حق الارث خاصة فما لا ينافي الارث لا يعتبر منافيا في حق ما ثبت في الارث خاصة وبالمطاوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافة اليها فلا يجب ابقاء النكاح

صلاة الظهر قبل امتحانها بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها أول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم وكان الفهم في النظر الى الاول أسبق وقوله (فكذلك الجواب عند محمد) أي لا ترث المرأة لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان ينعدم رضاها اذ فعلها باعتبار انها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الشهر وقد بينا ان هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذا مناقضة من جانب زفر لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار وقوله (لان الزوج ألجأها الى المباشرة) أي الى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لاسقاط حقها وقوله (لان المحرمية لا تنافي الارث) يعنى بل تنافي النكاح كما في الام والاخت وقوله (وهو) يعنى الارث هو (الباقي)

(ولو طلقها فارتدت) أي لو طلقها ثلاثا أو بائنا فانه ان لم يظهر أثر الثلاث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره عقيبا بلتمس مسئلة المطاوعة فانها

وقوله (فتكون راضية ببطلان السبب) أى سبب الارث وهو النكاح (قوله وقال محمد لا ترث قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانين وكان آخر المدارين فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضى عندنا فكان القضاء آخر المدارين أجيب بان

فى حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب و بعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن فى المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وان كان القذف فى المرض ورثته فى قولهم جميعا) وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هى ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه (وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء أيضا فى المرض ورثت) لان الايلاء فى معنى تعليق الطلاق بمضى أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجىء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال (والطلاق الذى يملك فيه الرجعة ترث به فى جميع الوجوه) لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما قال (وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث

وهو الباقى الارث (قوله فى حال قيام النكاح) أى حالة المرض (قوله فتكون راضية ببطلان السبب) وهو النكاح وذلك رضا ببطلان المسبب (قوله لا لتقدمها عليها) أى لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها بالطلاق السابق عليها (قوله وقد بينا الوجه فيه) وهو قوله لانها مضطرة فى المباشرة أى مباشرة الشرط ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل والاوجه كونه قوله بعد ذلك لان الزوج ألجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه الخ لان الاول ذكره فى صورة ما اذا كان التعليق والشرط فى المرض وما ذكرنا ذكره فى صورة ما اذا كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض وهو الموازن لما نحن فيه فان القذف كان فى الصحة واللعان فى المرض وقوله (اذ هى ملجأة الى الخصومة) ظاهر فى ان الملحق بفعلها الشرط الذى لا بد لها منه هو خصومتها أى مطالبتها بموجب القذف لانه به يندفع العار ولو جعل لعانها اصح أيضا اذ هى ملجأة اليه من قبله اذ لعانه يلجئها الى لعانها الا يقال هو أيضا ملجأ الى لعانه من قبلها لان الالجاء فى الكل يعود اليه لانه ألجأها الى الخصومة وأثرها لعانه فكان لعانه منسوبا الى اختياره فهى وان باشرت آخر جزأى مدار الفرقة وهو ما تمسك به محمد يعنى لان لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها اليه وقيل فى وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه فى زمان تعلق حقها بماله ولا يخفى انه سبب بعيد ثم قيل على الاول ان سبب الفرقة قضاء القاضى لا اللعان وأجيب بانه الملجئ للقاضى الى الحكم والحكم لا يستند الا الى الشهادة واللعان هو الشهادة الملجئة (قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجىء الوقت) كأنه قال فى صحته اذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فانت طالق بائن فمضت فى مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو علق فى صحته بامر سماوى ووجد الشرط فى المرض لا يكون فارا أورد عليه ان الايلاء فى الصحة ليس مثل التعليق بمجىء الوقت بل نظير ما لو وكل فى صحته بالطلاق وطلقها الوكيل فى المرض كان فارا لانه متمكن من عزله فاذا لم يعزله كان فارا كذا هنا هو متمكن من ابطال الايلاء فى المرض بالفىء فاذا لم يفعل ينبغى أن يكون فارا أجيب بالفرق بانه لا يتمكن من ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فان الفىء باللسان لا يجوز اذا كان الايلاء فى حال الصحة بل اذا كان فى حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل (قوله فى جميع الوجوه) أى سواء كان الطلاق بسؤالها أولا أو كان التعليق بفعلها أو بفعله

فى حق الاستحقاق نظرا لها مع رضاها ببطلان السبب (قوله ومن قذف امرأته وهو صحيح ثم لاعن) الى قوله وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه ووجهه ان سبب الفرقة قذفه اياها ولكن بشرط اللعان فان القاضى يلاعن بينهما باعتبار القذف و يفرق بينهما وانما يلاعن بينهما بطلب المرأة فصار القذف بمنزلة السبب المعلق بشرط يوجد منها وهو مما لا بد لها منه فانها لا تجد بدا من الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها فلم تصر بذلك راضية بسقوط حقها * وعند محمد رحمه الله تعالى لم يثبت حكم الفرار لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانين فكان آخر المدارين فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضى عندنا فكان القضاء آخر المدارين * قلنا اللعان شهادة عندنا على ما يأتى والحكم أبدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء (قوله وان آلى وهو صحيح) الى

اللعان شهادة عندنا على ما يأتى والحكم أبدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما أن الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة فى ذلك لاستدفاع العار عن نفسها وكان ملحقا بفعل لا بد لها منه (وقد بينا الوجه فيه) أى فى الفعل الذى لا بد لها منه وهو قوله لانها مضطرة فى المباشرة وقوله (وان آلى وهو صحيح) ظاهر (قوله وقد ذكرنا وجهه) يريد قوله ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا الخ فان قيل لا نسلم ان الايلاء نظير تعليق الطلاق بمجىء الوقت ان كان التعليق فى الصحة لما انه متمكن من ابطال الايلاء بالفىء فاذا لم يبطل فى حالة المرض صار كأنه أنشأ الايلاء فى المرض وهناك ترث فكذلك ههنا وكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق فى صحته فطلقها الوكيل فى المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كأنه أنشأه فكذلك ههنا أجيب بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة وقوله (فى جميع الوجوه) يعنى سواء كان الطلاق بسؤالها أو

انما ترث فى المطاوعة بعد البينونة وأما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح أو بعد الطلاق الرجعى فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة (قوله الا بضرر يلزمه) أقول وهو وجوب الكفارة عليه اذا

اذا مات وهى فى العدة) وقد بيناه والله تعالى أعلم بالصواب

والفعل مما لها منه بد أو لم يكن لا يستثنى من عمومه الا قيام العدة فانه مشروط فيهما جميعا * (فروع) * قال صحيح أو موثوق بيده احدا كما طالق ثلاثا ثم بين فى مرضه فى احداهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده كما لو أنشأ فجعل انشاء فى حق الارث للتهمة ولو ماتت احداهما قبله ثم مات تعينت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمى فانتفت التهمة عنه كما لو علق فى صحته بمجىء رأس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث بخلاف ما قبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق فى صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط فى المرض فان كان له امرأة أخرى غير الثنتين فلها نصف الارث اذ لا يزاحمها الا امرأة واحدة لان احداهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما فى الاستحقاق ولو ماتت التى بين طلاقها قبل موته لم ترث منه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى لان التعيين دون الانشاء ولو أنشأ فى مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى كذا هنا ولو كانت له امرأة أخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التى بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما بطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت ظاهرا وقت البيان النصف فلم نزد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فلا تستحق الا النصف حتى لو كان معها امرأة أخرى كان لها الربع وثلاثة الارباع للمرأة الاخرى لاننا انما أبطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها فى الربع فكان للمعينة الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهى منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما فى النصف الآخر فيتنصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احداهما لاقل من سنتين فهو ليس ببيان وبقى الزوج على خيرة لان العلوق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وذا لا يصلح بيانا فلا يكون بيانا بالشك اذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد أمر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التى لم تلد يلاعن بينه وبين التى ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التى ولدت يحد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التى ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف أجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم أعن عند الايقاع أحدا ولكن أريد بالمبهم التى ولدت لا يحد لانه قذف منكوحته لان الطلاق يقع وقت التعيين ولا يلاعن أيضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى للطلاق لتيقننا بالوطء بعد الطلاق وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم بكون الوطء منه ضرورة والوطء بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا وتعينت التى ولدت للنكاح فان نفى الولد لاعن ولا ينقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احداهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطأها لا يصلح بيانا ووطء صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر من سنتين حصل بعلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين أما علوق الاخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الاقل تنقضى بوضع الحمل ان كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الاكثر بعدها أكثر من ستة أشهر لتيقننا ان علوق صاحبة الاكثر ووطأها كان قبل ولادة صاحبة الاقل وقبل الولادة هى حامل وعدة الحامل تنقضى بوضع الحمل وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الاقل بالحيض لاحتمال ان وطء صاحبة الاكثر كان بعد ولادة صاحبة الاقل واذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا وان أقر الزوج بوطء صاحبة الاقل أولا طلقت صاحبة الاكثر

قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجىء الوقت فان قيل الايلاء ليس نظير تعليق الطلاق بمجىء الوقت وان كان الايلاء فى الصحة لانه متمكن من ابطال الايلاء بالفىء فاذا لم يبطل فى حالة المرض صار كأنه انشاء الايلاء فى

بغير سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بد أو لم يكن والباقى واضح والله أعلم

(باب الرجعة)

(واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها فى عدتها رضيت بذلك أو لم ترض) لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل

باقراره ولا يصدق فى صرف الطلاق عن صاحبة الاقل فطلقتا كمن قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لى امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيتها طلقتا وان ولدت كل واحدة لاكثر من سنتين من وقت الايقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الاولى تكون بيانا للطلاق فى الاخرى فاذا ولدت الاخرى بعده لا يتحول الطلاق الواقع عليها الى غيرها وصار كما اذا وطئ احداهما ثم الاخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا كذا هنا وثبت نسب الولدين أما ولد الاولى فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها قبل علوق الاولى وتنقضى عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثانى منه أيضا وتنقضى به العدة لانا حكمنا بعلوق الولد الثانى حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الرجعية قائمة وهذا لانه يحتمل انه وطئها قبل ولادة الولد الاول ولم يصل الماء الى رحمها لانسداده فاذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء اليه فعلق الولد الثانى قبل وقوع الثلاث لان تلك الحال حال نزول الثلاث والشئ فى نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطا فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لانا جعلناه معلقا حال قيام النكاح والله أعلم من الكافى

(باب الرجعة)

وجه المناسبة فى اعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر والرجعة تتعدى ولا تتعدى يقال رجع الى أهله ورجعته الى أهله أى رددته وقال الله تعالى فان رجعك الله الى طائفة منهم ويقال فى مصدره أيضا رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء وربما قالوا الى الله رجعانك (قوله رجعية) الرجعى تطليق المدخول بها مادون الثلاث بلا مال أو مادون الثنتين ان كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف والمشبه أو ببعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم فى الكنايات وأما تقييده بالالفاظ الثلاثة فلا لما قدمناه من كنايات رجعية غيرها فما فقد شيأ من هذه فليس برجعى كالثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لانها لا عدة لها قبله فلا تتصور الرجعة والموصوف والمشبه مستدرك كان على ما فى النهاية وغيرها (قوله لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف) بعد قوله اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فاذا بلغن أجلهن والمراد ببلوغ الاجل قرب انقضاء العدة أى فقرب انقضاء عدتهن للاجماع على ان لا رجعة بعد الانقضاء ففى الآية دليل على قيام النكاح لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل وعلى شرعية الرجعة شاءت أو أبت لان الامر مطلق فى التقديرين وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن ظاهر فى عدم توقف الرجعة على رضاها لانه تعالى جعله أحق مطلقا أى هو الذى له حق الرجعة وان أبت هى وأبوها وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط فى حقه من النكاح لا لغيره لانه له لا لغيره وهو أحق منه وفى اشتراط العدة اذ لا يكون بعدها بعلا وهو مما يدل على قيام النكاح أيضا وقدمنا فى باب ايقاع الطلاق ان اطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لان الرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وان لم يكن زال

المرض وهناك يرث فكذلك ههنا فكان نظير من وكل وكيلا فى صحته بالطلاق فطلقها الوكيل فى المرض كان فارا لانه كان متمكنا من العزل فاذ لم يعزل جعل كانه انشأه كذلك ههنا * قلنا الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه لم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله والله تعالى أعلم بالصواب *(باب الرجعة)*

ذكر فى المحيط اذا أراد الرجل ان يراجع امرأته فالاحسن أن يراجعها بالقول لا بالفعل لان صحة المراجعة بالقول متفق عليها وبالفعل مختلف فيها (قوله رضيت بذلك أو لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف)

ولا

(باب الرجعة)

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا أخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح أفصح وهى عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط احداها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكناية كما تقدم والثانية أن لا يكون بمقابلته مال والثالثة أن لا يستوفى الثلاثة من الطلاق والرابعة أن تكون المرأة مدخولا بها والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف فى مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع

(باب الرجعة)

(قوله ولها شرائط الى آخر قوله والخامسة أن تكون العدة قائمة) أقول وجميع ذلك يفهم من كلام المصنف الا شرط المدخولية

ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك ألا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة فى العدة لانه لا ملك بعد انقضائها (والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتى) وهذا صريح فى الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال (أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) وهذا عندنا

بعد يقال رد البائع المبيع فى بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لتأيد ارادة حقيقة البعل بجعل الرجعة امساكا كما فى قوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو نقول يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد الى الحالة الاولى وهى كونها بحيث لا تحرم بعد مضى العدة فلا اشكال حينئذ أصلا (قوله ولا بد من قيام العدة لان الرجعة) امساك على الوجه الذى كان أولا وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة ليستدام وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الاطلاق بالنسبة الى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة الى قيام العدة وعدمها أجاب بأن اشتراط قيامها ضرورى لما قلنا (قوله وهذا صريح) ألفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك فى حال خطابها وراجعت امرأتى فى حال غيبتها وحضورها أيضا ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وامسكتك وفى المحيط مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان فهذه يصير مراجعا بها بلا نية وفى بعض المواضع يشترط فى رددتك ذكر الصلة فيقول الى أو الى نكاحى أو الى عصمتى ولا يشترط فى الارتجاع والمراجعة وهو حسن اذ مطلقه يستعمل لضد القبول والكنايات أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقته تصدق على ارادته باعتبار الميراث واختلفوا فى الامساك والنكاح والتزوج فلو تزوجها فى العدة لا يكون رجعة عند أبى حنيفة وعند محمد هو رجعة وعن أبى يوسف روايتان قال أبو جعفر وبقول محمد نأخذ وفى الينابيع عليه الفتوى وكذا فى القنية وجه قول أبى حنيفة ان تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر ما فى ضمنه قلنا نحن لا نعتبره باعتبار ما فى ضمنه بل باعتبار لفظ التزوج مجازا فى معنى الامساك وفى الذخيرة لو قال راجعتك بمهر ألف درهم ان قبلت صح والا فلا لانها زيادة فى المهر فيشترط قبولها وفى المرغينانى والحاوى قال راجعتك على ألف قال أبو بكر لا تجب الالف ولا تصير زيادة فى المهر كما فى الاقالة (قوله ولا خلاف فيه بين الائمة) كأنه لم يعتبر أحد قولى مالك خلافا فانه ذكر فى الجواهر فى حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان لمالك كما فى نكاح الهازل (قوله أو يقبلها أو يلمسها بشهوة) يحتمل كون الشهوة قيدا فى اللمس لا فيهما لانه أفرد النظر الى الفرج بقيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك فى القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفى المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد التقبيل فى الكتاب وأما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول أبى حنيفة وفى البدائع وهو قول محمد المرجوع اليه وفى بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة فدل انهما

يعنى قوله تعالى واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن يعنى اذا قرب انقضاء عدتهن فامسكوهن من غير فصل بين الرضا وعدمه أى لم يشترط رضا المرأة (قوله ألا ترى انه تعالى سمى امساكا) وهو الابقاء وانما تتحقق الاستدامة فى العدة * فان قيل كما سمى الله تعالى الرجعة امساكا فكذلك سماها ردا فى قوله وبعولتهن أحق بردهن وحقيقة الرد لا تكون الا بعد الزوال * قلنا لما دل الدليل على بقاء الملك حمل الرد على الحالة الاولى حتى لا تبين بانقضاء العدة لا الاعادة بعد الزوال والدليل على بقاء الملك بعد الطلاق الرجعى انه يملك الاعتياض بالخلع بعد الطلاق الرجعى اجماعا وملك الاعتياض لا يكون الا بعد بقاء أصل الملك وكذلك يملك عليها سائر التصرفات التى كان يملك عليها قبل الطلاق وهو الظهار والايلاء واللعان فدل ذلك على بقاء الملك مطلقا (قوله والرجعة أن يقول راجعتك) أى عند الحضرة أو رجعت امرأتى أى فى الحضرة أو الغيبة ومن ألفاظ الرجعة راجعتك أى رددتك وأمسكتك وقوله أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى ان نوى الرجعة (قوله أو ينظر الى فرجها بشهوة) المراد الفرج الداخل (قوله

(و) ألفاظ (الرجعة ان يقول راجعتك) ان كان فى حضرتها (أو راجعت امرأتى) فى الغيبة بشرط الاعلام أو فى الحضرة أيضا أو يقول رددتك أو أمسكتك أو يقول أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد فى جواز الرجعة بالقول وأما بالفعل مثل أن (يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها بشهوة) فهى صحيحة (عندنا

(قوله بشرط الاعلام) أقول فيه ان الاعلام مستحب ليس بشرط كما سيجيء

وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح) لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه فكان الوطء حراما كما في ابتداء النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بينا وهو اشارة الى قوله ألا ترى انه سمى امساكا وهو الابقاء وقوله (وسنقرره) اشارة الى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها الخ وقوله

وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به

لا يكونان رجعة وفي الخلاصة أجمعوا على انه لو مكنها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم في الاستدلال ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح أي يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها في القبلة لان القبلة مطلقا يختص حكمها به بخلاف اللمس والنظر فانهما لا يختصان به الا اذا كانا عن شهوة لما نذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج منها رجعة هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها أو منه في كونه رجعة اذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا فان كان اختلاسا منها بان كان نائما مثلا لا بتمكينه أو فعلته وهو مكره أو معتوه ذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة ان على قول أبي حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لابي يوسف انتهى وعن محمد كقول أبي يوسف وذكر ان أبا يوسف مع أبي حنيفة وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة لا فرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها أو منه وكذا اذا أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقا

كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار ينفسخ البيع وأبو يوسف فرق بان اسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما اذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط وعن أبي يوسف أيضا انه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها هذا اذا صدقها الزوج في الشهوة فاذا أنكر لا تثبت الرجعة وكذا ان مات فصدقها الورثة ولا تقبل البينة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة الا عند زفر وأبي يوسف في رواية وتكره المسافرة بها ككراهة خروجها من المنزل وعن أبي حنيفة لا تكره ويأتي الكلام في ذلك (قوله مع القدرة) احتراز عن الاخرس ومعتقل اللسان (قوله لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ) الحاصل ان الخلاف هنا مبني على ان الرجعة سبب استدامة الملك القائم أو سبب استحداث الحل الزائل فلنا بالاول وقال بالثاني وعلى هذا ينبني حل الوطء وحرمته فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعنده انشاء النكاح من وجه واستبقاء من وجه فتثبت الحرمة احتياطا وعلى هذا ينبني ان الاشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول له لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة (قوله على ما بيناه) يعني قوله ألا ترى انه يسمى امساكا (قوله وسنقرره) أي في آخر هذا الباب وهو قوله ولنا انها أي الزوجية قائمة الى آخره وهناك نتكلم عليه (قوله كما في اسقاط الخيار) يحصل بالفعل المختص بالملك كمن باع أمته على أنه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء

وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه) بان لم يكن أخرس أو معتقل اللسان وهذا بناء على أن الرجعة عنده استباحة الوطء ورفع الخلل الواقع في الملك فلا يكون بالفعل كاصل النكاح والوطء قبل الرجعة حرام فلا يكون سببا للحل كما هو أصله وعندنا الرجعة استدامة الملك والفعل المختص بالملك يدل على استدامة الملك كالقول وهو نظير الفيء في الايلاء فانه منع للمزيل من أن يعمل بعد انقضاء المدة وذا يحصل بالجماع وكذا اذا باع أمته على أنه بالخيار ثم وطئها صار مستبقيا للملك بالوطء كذا هنا لان الخيار ثبت شرعا ليتدارك ما فرط منه ويتلافى ما فات عنه ثم يثبت فعلا (قوله والدلالة فعل يختص بالنكاح) أي

(والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة) جزء الدليل وقوله (كما في اسقاط الخيار) دليله وتقريره الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها سقط الخيار كما اذا اسقط بالقول بل هنا أولى لانه في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل وهو البيع أما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه لزال والدفع أسهل من الرفع ولما كان الثابت بالدليل أن بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى أن يعينه فقال (والدلالة) أي الدليل (فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص بالنكاح فتقع دلالة

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه الخ) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التقرير (قوله والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة) أقول ظاهره استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف لكن لك أن تقرره على هذه الصورة الرجعة استدامة الملك وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلا عليه (قوله فلا يحتاج الى رفع الطلاق الخ) أقول بل هو باق حكما ولهذا تملكها بعده بالطلقتين اذا لم تتزوج بآخر (قوله بل يحتاج الى دفع ما) أقول وهو انقضاء العدة على تلك الحال (قوله لولاه) أقول أي لولا دفعه (قوله لزال) أقول يعني النكاح (قوله وهذه الافاعيل تختص به الخ) أقول استنتاج من الشكل الثاني مع توافق المقدمتين في الكيف

خصوصا

وقوله (خصوصا في الحرة) لبيان ان حل الاستمتاع بها ليس الا بالنكاح وأما في الامة فيحل به وبملك اليمين أيضا (بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب) والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة (والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها) وفيه ضرر بها فلا يجوز

خصوصا في الحرة بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين فان لم يشهد صحت الرجعة) وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه ألا ترى

مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره فكما أن سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل أولى لان البيع معه يزيل الملك الى ثلاثة أيام والطلاق يزيله الى ثلاث حيض فكان أضعف في زوال الملك من البيع وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك واسحق ان أراد به الرجعة فهو رجعة (قوله خصوصا في الحرة) فانه لا سبب لحلها فيها مطلقا الا النكاح بخلاف الامة فانه يحل فيها بامرين (قوله وغيرهما) كالخاتنة والشاهد على الزنا (قوله فلو كان) أي النظر الى غير الفرج رجعة لطلقها الا ان مقصوده الطلاق وهذا التعميم يفيد ان النظر الى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح في نكاح الزيادات واختلفوا في الوطء في الدبر أشار القدوري الى أنه ليس برجعة والفتوى على انه رجعة اذ هو مس بشهوة وزيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئتها وأنكرت له الرجعة ولو قال لم أدخل بها لا رجعة له عليها وتعليق الرجعة بالشرط واضافتها الى وقت في المستقبل باطل كالنكاح والمستحب انه يراجع بالقول وفي الينابيع الرجعة سنية وبدعية فالسنية بالقول (قوله وهو قول مالك) المذكور في كتبهم انها تصح بلا اشهاد وانه مندوب اليه وكذا في شرح الطحاوي كقولنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه وكذا المنسوب الى الشافعي قول له غير معمول به عند أصحابه فانه قال في البسيط وفي الجديد للشافعي الاشهاد مستحب وفي الروضة انه ليس بشرط على الاظهر (قوله ولنا اطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الاشهاد) كقوله تعالى الطلاق

يجب أن يكون دلالة الاستدامة التي هي الرجعة فعلا مختصا بالنكاح وهذه الافاعيل وهي الوطء والتقبيل واللمس بشهوة مختصة بالنكاح * قيل لا نسلم أن هذه الافاعيل مختصة بالنكاح لانها توجد في الامة المملوكة أيضا * قلنا ان الملك هو المقصود في الامة وهذه الافعال تابعة في حق المملوكة والتابع معدوم حكما (قوله خصوصا في الحرة) يعني هذه الافاعيل في حق الحرة لا تكون بدون النكاح فاما في حق الامة تكون بالنكاح وبدونه أيضا كالشراء وغيره (قوله وغيرهما) كالخاتنة وكالشاهد على الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة (قوله ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة) وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله وهذا عجب من مالك رحمه الله فانه لا يجعل الاشهاد في النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا كذا في المبسوط (قوله ولنا اطلاق النصوص) فامسكوهن بمعروف وبعولتهن أحق بردهن من غير شرط الاشهاد فاشتراطه فيها زيادة على النص وهي

لقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة) اذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنين اشهدا على باني قد راجعت امرأتي (وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي في أحد قوليه لا تصح وهو قول مالك) وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة (لهما قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الاشهاد) وهو قوله تعالى فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها وقوله (ولانه) أي الرجعة بمعنى الرجوع أو على تأويل المذكور (استدامة للنكاح) كما تقدم والاستدامة انما هي حالة البقاء (والشهادة ليست

٣ – (فتح القدير والكفايه) – رابع) بشرط في النكاح حال البقاء) بالاتفاق فكانت (كالفيء في الايلاء) في ان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء (الا انها) أي الشهادة (مستحبة لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها) أي في الرجعة (وما تلاه) يعني من قوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم (محمول عليه) أي على الاستحباب دفعا للتناكر فكان الامر للارشاد الى ما هو الاوفق به كما في قوله

(قوله فكانت عاصية وزوجها أوقعها فيه مبينا الخ) أقول من قبيل حذف الموصول

تعالى وأشهدوا اذا تبايعتم بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث قال أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا (وهو) أي الاشهاد (فيها) أي في المفارقة (مستحب) فكذا في الرجعة واعترض بأن القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وأجيب بأن ذلك فيما اذا حكم على احدى الجملتين المتقارنتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما تعقبهما جملة أخرى تعلقت بهما واحدا هما تقتضي (١٨) تعلقهما بها من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين (ويستحب أن يعلمها) بالرجعة لانه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وزوجها الذي أوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم أجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها (واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها في العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال) وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضي أن لا تصح الرجعة وان صدقته أيضا (الآن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي) فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج أو بعد مكث فان كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق وان كان سبقته

انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها كي لا تقع في المعصية (واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها) لانه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى أن تخبر وقد

مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقوله فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقوله فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها وهذه النصوص ساكتة عن قيد الاشهاد فاشتراطه اثبات بلا دليل وما تلي فليس بدليل عليه اذ الامر فيه للندب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ثم أمر بالاشهاد على كل منهما فقد أمر بشيئين في جملتين ثم أمر بالاشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله وأشهدوا ذوي عدل منكم واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب فاذا ثبت ارادة أحدهما بالنسبة الى أحدهما لزم ان يراد به ذلك أيضا بالنسبة الى الآخر والا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت ارادة الندب به بالنسبة الى المفارقة فلزم ارادته أيضا بالنسبة الى المراجعة فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتهض هذا عليه الا بانتهاض الاصل المذكور وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الاصول ومع هذا التقرير لا حاجة الى ايراد ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف قلتم به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل أصلا (قوله كي لا تقع في المعصية) قيل عليه لا معصية بدون علمها بالرجعة ودفع بانها اذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الامر واستشكل من حيث ان هذا ايجاب للسؤال عليها واثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها وليس السؤال الا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان اعلامه اياها اذ هو أيضا لمثل ذلك فاذا كان مستحبا لانه تصرف في خالص حقه فكذا سؤالها يكون مستحبا لا ثم انا في النكاح كذلك ولو راجعها ولم تعلم فتزوجت بآخر فهي امرأة الاول دخل بها (٣) الاول أولا (قوله واذا انقضت العدة الخ) هنا مسئلتان الاولى اذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى

نسخ فلا يجوز الا بدليل يصلح له وما تلا لا يصلح له لان المراد به الندب بدلالة الاجماع فانه جمع بينها وبين المفارقة وأمر بالاشهاد عليهما ثم الاشهاد في حق المفارقة مندوب وليس بواجب فكذا في الرجعة لاستحالة ان يكون اللفظ الواحد في حالة واحدة شاملا لمعنيين مختلفين (قوله ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية) فانها ربما تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويجامعها الزوج الثاني فتكون هي عاصية وزوجها الذي أوقعها فيها مسيئا بتركه الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها بالرجعة جاز لان الرجعة عندنا استدامة القائم وليست بانشاء فكانت الرجعة تصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير كذا في المحيط (قوله فقالت مجيبة) أي على الفور ومتصلة بقول الزوج (قوله اذ هي باقية) أي العدة باقية الى ان تخبر وقد سبقت الرجعة اخبار المرأة فصحت الرجعة وسقطت

قال المصنف (واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول قال الزيلعي وابن الهمام تستحلف المرأة هنا بالاجماع على أن عدتها كانت منقضية حال اخبارها اه فيه بحث لان الرجعة صحت عندهما فعلام تستحلف المرأة وجوابه ان المراد انها تستحلف الا كما قال أبو حنيفة رحمه الله من عدم صحة الرجعة وتظهر ذلك في المزارعة فراجعها (٣) صوابه الثاني

سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الانشاء أما الاولى فاما ان تكون المرأة أمة أو حرة وكل منهما اما ان تصدقه أو تكذبه ففي الحرة ان صدقته تثبت الرجعة لان النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى وان كذبته لا تثبت لانه أخبر والخبر بمجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه ومجرد دعوى ملك في وقت لا يملك انشاءه فيه لا يجوز قبولها مع انكار المدعى عليه الا ببينة بخلاف ما اذا كان ذلك في وقت يمكنه فيه انشاؤه كان يقول في العدة كنت راجعتك أمس تثبت وان كذبته لانه ليس متهما فيه لتمكنه من ان ينشئه في الحال أو يجعل ذلك انشاء ان كانت الصيغة تحتمله فصار كالوكيل اذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق لملكه الانشاء وبعد ما بلغه العزل لو أخبر ببيعه سابقا وكذبه المالك لا يقبل قوله الا ببينة لانه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ثم لا تحلف المرأة اذا كذبته بل تذهب الى حالها بلا يمين عند أبي حنيفة وهي احدى الاشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وفي الامة اذا كذبته وصدقه المولى فالقول لها عند أبي حنيفة خلافا لهما وان صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى واختلف في قول أبي حنيفة والصحيح انه كقولهما وسيأتي أوجه الاقوال في الكتاب فانه فصل بين قوله للحرة وبين قوله للامة بالمسئلة الثانية وهي اذا قال قبل الانقضاء فلنوافقه فنقول وأما المسئلة الثانية فان قالت مجيبة انقضت عدتي مفصولا تثبت الرجعة اتفاقا لانها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور ولو قيل وجب احالته على أقرب حال التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف اليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن وان قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة ولا يخفى ان هذا مقيد بما اذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة الا اذا ادعت

العدة وهي حين أخبرت انما أخبرت بالانقضاء بعد سقوط العدة وليس لها ولاية الاخبار بعد سقوط العدة كما لو سكتت ساعة ثم أخبرت ولانها صارت متهمة في الاخبار بالانقضاء بعد رجعة الزوج فلا يقبل خبرها كما لو قال الموكل للوكيل عزلتك فقال الوكيل كنت بعت حيث لا يصدق الوكيل لكونه متهما ولكونه غير قادر على الانشاء فهذا كذلك ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه رجعة صادفت حال انقضاء العدة أو بعدها فلا تصح وهذا لانها أمينة في الاخبار عن أمر يحتمل الجواز ان يثبت الانقضاء ساعتئذ فلا تقدر ان تخبر قبل ذلك لانه انما يمكنها ان تخبر بعد الانقضاء ومتى قبل قولها عرف ذلك ضرورة ان الانقضاء سابق على كلامها لان صحة الخبر تقتضي سبق المخبر به بزمان أو بازمنة فان كان بازمنة فقد صادفت الرجعة ما بعد الانقضاء وان كان بزمان فقد صادفت حال الانقضاء فلا تصح الرجعة مع انقضاء العدة لان العدة في حال انقضائها لا تكون موجودة مطلقا وشرط الرجعة ان تكون في عدة مطلقة فان قيل لما كان قولها انقضت عدتي مقتضيا سبق الانقضاء كان قول الزوج راجعتك يقتضي سبق الرجعة أيضا فلا تكون الرجعة في حال الانقضاء قلنا قوله راجعتك انشاء وهو اثبات أمر لم يكن فلا يستدعي سبق الرجعة وقولها انقضت عدتي اخبار وهو اظهار أمر قد كان فيقتضي سبق الانقضاء ضرورة وهذا بخلاف ما لو سكتت ساعة لانها متهمة بالتأخير لان الانقضاء لو كان ثابتا لوجب عليها ان تخبر فلما لم تخبر دل انها كاذبة فلم يقبل قولها ولا يقال مصادفة الرجعة حال انقضاء العدة نادرة لانا نقول ان انقضاء العدة لا بد من ان يوافق حالة فتارة يوافق أكلها وتارة يوافق نومها وتارة قول الزوج راجعتك وانما تصير متهمة اذا فرطت في الاخبار بالتأخير ولا تفريط منها ههنا لانها لا تقدر على الاخبار الا بعد الانقضاء بخلاف الوكيل فانه مفرط بالاخبار لان بيعه كان قبل العزل لا مع العزل ومسئلة الطلاق على الخلاف لا يقع الطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله كما لو قال أنت طالق مع انقضاء عدتك والاصح

الاول لم تصح عند أبي حنيفة خلافا لهما قالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى أن تخبر وقد سبقت الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة (ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة الانقضاء لانها أمينة في الاخبار عن الانقضاء) اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد أخبرت بذلك والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين (وأقرب أحواله حال قول الزوج) فاذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

(قوله والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه الخ) أقول الظاهر سبق المخبر به والا فالمخبر عنه هو العدة وليس سبقه من المقصود في شيء ويجوز أن يقال قولها انقضت عدتي في تأويل حصل الانقضاء أو يقال المراد سبق المخبر عنه متصفا بالمخبر به

اذ لا زجعه مع عدم دخوله قاله العلامة البحراوي كتبه مصححه

المولى وتكذبه الامة أو بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثانى لم تصح بالاتفاق الااذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة (فالقول قولها عند أبى حنيفة وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له وكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج أمته من فلان (وهو) أى أبو حنيفة (يقول حكم الرجعة يبتنى على بقاء العدة) وانقضائها وكل ما يبتنى على ذلك يبتنى على قول من يكون القول قوله فى ذلك لكونه أمينا (والقول فى العدة قولها) فحكم الرجعة يبتنى على قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لما صدقه فى الرجعة لم يبق له حق فى منافع بضعها فانى يكون له اقرار بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك وكان الفرق بينا وان كان الرابع وعبر عنه المصنف بقوله (ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى) لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهى منكرة (وكذا عنده فى الصحيح لانها منقضية العدة فى الحال) بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهى تبطله فلا يقبل قولها فيه العدة

بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة عندها أى عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة فى هذا الكلام اشارة الى

(واذا قال الزوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى) لان بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول فى العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده فى الصحيح لانها منقضية العدة فى الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها فى ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام

انها ولدت وثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لانه أنشأها حال قيام العدة ظاهر البقائها طاهرا مالم تقر بانقضائها فتثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت مجيبة انقضت عدتى لحقها طلقة أخرى وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لانها أمينة فى الاخبار شرعا فوجب قبول اخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق فى قوله طالق مع انقضاء عدتك وعلى هذا لو اتفق ان خرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتى ينبغى أن لا تثبت الرجعة ومسئلة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده قيل والاصح انه يقع لانه مؤاخذ به لاقراره بالوقوع فى حق نفسه ولا يخفى ان هذا انشاء وليس باخبار ليكون اقرارا فاذا ظهر انه أنشأ فى وقت لا يصح ينبغى أن لا يقع نعم لو عرف ان مقتضى الفقه كونه ايقاعه وجد فى حال الانقضاء فلج وقال لا أعتبر هذا بل وقع لزمه حينئذ لانه مقر على نفسه والاوجه فيما اذا ادعى محبته ان طلقتك ونحوه من أنت طالق ظاهر فى الاخبار والانشاء يحتمله لتقدم الطلاق الاول وراجعتك بالعكس فان لم يسلم هذا فالتعويل على المنع وتستحلف المرأة هنا بالاجماع على ان عدتها كانت منقضية حال اخبارها والفرق لابى حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستحلف عنده انه لم يراجعها فى العدة ان الزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس فى منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان بذلها لا يجوز ثم اذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة (قوله واذا قال الزوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول لها عنده وقالا للمولى لانه أقر بما هو خالص حقه) وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين اقراره عليها بالنكاح واقراره بان الزوج راجعها فى العدة لانه ينفرد بانكاحها حال غيبتها وعدم اذنها فيقبل اقراره عليها بخلاف اقراره بتصديق الزوج فى دعوى المراجعة وهو يقول ان حكم الرجعة من الصحة وعدمها ينبنى على العدة من قيامها وانقضائها وهى أمينة فيها مصدقة فى الاخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا فكذا فيما ينبنى عليها وفيه نظر اذ لا ملازمة يحكم بها العقل بين كون القول قولها فى العدة وبين كونه لها فيما ينبنى عليها الا اذا وقع لازما لوجود قولها فى العدة قولا أى بان تدعى فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها الازما لذلك لان كون القول قولها فيها ما ثبت الا لاجل ان القول لها فى المستلزم لا لمعنى تقتضيه فيها وهذا لا يقتضى سماع قولها فى الرجعة ابتداء كما هو هنا فانها لم تدع فى العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها وانما ادعى فى حال كونه لا ملك له عليها انه راجعها قبل الانقضاء وهى منكرة ان يكون فعل ذلك فلا يقبل عليها (قوله ولو كان على القلب) بان كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق وقوله فى الصحيح احتراز عما فى الينابيع انه على الخلاف أيضا وقال بعض أصحابنا لا يقضى بشئ حتى يتفق المولى والامة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة الا اذا اتفقا اذ يستحيل أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدمها وفى المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل فى الصحيح ووجه الفرق لابى حنيفة انها منقضية العدة فى الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها فى ابطاله

انه يقع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها فى العدة كان مصدقا فى ذلك بخلاف الرجعة كذا فى

الجواب عن مسئلة التزويج كما أشرنا اليه قوله (وان قالت قد انقضت عدتى) ظاهر والضمير فيه راجع الى الانقضاء قال (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة) كلامه واضح وقوله (بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضى وقت الصلاة) يعنى ان الوقت اذا مضى صارت الصلاة دينا فى ذمتها وهو من أحكام الطاهرات وقوله (واذا تيممت وصلت) أطلق الصلاة لتناول المكتوبة وغيرها وقوله (حتى يثبت به من الاحكام) يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واباحة الصلاة وسجدة التلاوة

العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة (وان قالت قد انقضت عدتى وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها) لانها أمينة فى ذلك اذ هى العالمة به (واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضى عليها وقت صلاة كامل) لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضى وقت الصلاة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع فى حقها أمارة زائدة فاكتفى بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات

بخلاف الوجه الاول وهو ما اذا كذبته وصدقه المولى لانه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله عليها (قوله وان قالت قد انقضت عدتى وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها أمينة فى ذلك اذ هى العالمة به) دون غيرها أى بالانقضاء ولذا يقبل قولها انى حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد ولو قالت ولدت يعنى قد انقضت عدتى بالولادة لا يقبل قولها الا ببينة أو قالت أسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فللزوج أن يطلب يمينها على انها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ولا فرق فى هذا بين الحرة والامة (قوله أو يمضى عليها وقت صلاة) أى بان يخرج وقتها الذى طهرت فيه فتصير دينا فى ذمتها فان كان الطهر فى آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير وان كان فى أوله لم يثبت هذا حتى يخرج لان الصلاة لا تصير دينا الا بذلك وعلى هذا لو طهرت فى وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر (قوله بخلاف ما اذا كانت كتابية) فانه لا يتوقع فى حقها امارة على الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لان الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها فبمجرد الانقطاع وان كان لما دون العشرة حل وطؤها وانقطعت رجعتها (قوله وتنقطع اذا تيممت وصلت) أى فرضا أو نفلا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى (قوله حتى يثبت به من الاحكام) برفع يثبت لان حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد بالاحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف وهذه أحكام الغسل فكان التيمم مثله ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت وكذا لو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلاة أولى ولا يشكل عليه انه لا يحل لها التزوج بآخر بالاتفاق لان التيمم وان قام مقام الغسل هو أضعف منه والاحتياط فى التزوج عدم جوازه معه وفى الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتيها رجل فى شبهة (قوله ولهما انه ملوث غير مطهر) أى حقيقة لا شرعا كذا فى الدراية ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للاوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيدنا نبينا محمد أفضل الرسل الكرام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام فنقول هذا البحث له ثلاثة موارد فى الفقه أولها باب التيمم فى البحث مع الشافعى فى جواز الفرائض المتعددة

المبسوط (قوله وينقطع اذا تيممت وصلت مكتوبة أو تطوعا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله اذا تيممت انقطعت وهذا قياس) لان التيمم عند عدم الماء نزل منزلة الاغتسال عند وجود الماء بدليل حل أداء الصلاة لها به وحل دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف ولا فرق بين الحكم بجواز صلاة أديت وبين الحكم بجواز الاقدام على ما لم يؤد بعد والحكم بسقوط الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط ألا ترى انها لو اغتسلت وبقيت فى بدنها لمعة تنقطع الرجعة عنها احتياطا وان لم يحل لها أداء الصلاة فههنا أولى وكذلك لو اغتسلت بسؤر الحمار ولم تجد غيره تنقطع الرجعة احتياطا وان لم يحل لها أداء الصلاة فههنا أولى ان تنقطع الرجعة وقد حل لها أداء الصلاة ولهما انه طهارة ضرورية لانه تلويث حقيقة

وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لافيما قبلها من الاوقات

بتيمم واحد عندنا خلافا له وهو مبنى على أن التيمم طهارة مطلقة أولا فقال انها ضرورية تثبت ضرورة أداء المكتوبة به فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها فاتفق أئمتنا فى جوابه على أنها مطلقة تعمل عمل الماء ما بقى شرطه وصرح فى النهاية فى تقريره بان التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقى شرطه وهو العدم كالماء الا أنه بالماء مقدر الى وجود الحدث وهنا الى شيئين الحدث والماء ثانيها باب الامامة فى مسئلة اقتداء المتوضئ بالمتيمم افافترقوا فيها فقال محمد هى ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضئ به وقالا مطلقة فيجوز وثالثها هنا فافترقوا أيضا الا أنهم عكسوا كلمتهم فتراءى لمحمد وجهان من المناقضة أحدهما قوله فى الامامة ضرورية بعد ما اتفقوا عليه فى جواب الشافعى من أنها مطلقة والثانى ان بعد ما قال فى الامامة انها ضرورية قال هنا مطلقة ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما هنالك مطلقة وهنا ضرورية ملوثة وكثير من الشارحين ياخذ فى تقرير قولهما انه لا يزيل الحدث بيقين ولهذا عند رؤية الماء انما يصير حدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا والجواب انه لا شك ان فى التيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة وفيه أيضا انه ملوث فى نفسه مغبر لا يطهر أى لا ينظف فمعنى الاطلاق انه يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية أحد الامرين من وجود الحدث أو الماء ومعنى الضرورة أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات وعدم تفويتها وتكثير للخيرات عند عدم الماء اكراما لهذا النبي الكريم صلى الله عليه وسلم وأمته ولذا كان من الخصائص وهذا لا يفيد الاخلال بمعنى الاطلاق اذ حاصله انه بيان سبب شرعيته ولما شرع للضرورة والحاجة التى ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وانما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء وأما كونه ملوثا ومغبرا فهو بسبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء فانه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين الاعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدى الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع الا للضرورة المتحققة من الحاجة الى الاداء مع عدم الماء تكريما لنبينا محمد صلى الله عليه وسلم فذكر التلويث وعدم تطهيره فى نفسه ذكر سبب كونه مشروعا للحاجة المذكورة اذا علمت هذا فقولهم مع الشافعى انها مطلقة أى تزيل الحدث ويستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذى يستباح به لينتفى به قصر الصحة به على فرض واحد لا ينافى قولهم انها ضرورية على ما سمعت فمن قال انها مطلقة فى موضع وقال فى آخر انها ضرورية لم يكن مناقضا أصلا وقول من ذكر فى تقريره انه لا يرفع بيقين حاصله انه فرق بينه وبين الماء فان الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف فى أن الحدث أمر حقيقى أو مجرد مانعية فعلى الاول لا يرفعه الا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد غير أن الراجح هو الظن الثانى لما قدمنا فى باب التيمم من الحديث والمعنى وهو انه لم يقدر أحد على اثبات ان الحدث وصف حقيقى قائم بالاعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية وعلى هذا فلا اشكال فى ارتفاعه بالتيمم وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه اذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعى فله أن يقطع ذلك الاعتبار الى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء والدليل الملجئ الى هذا كون رؤية الماء لا يعقل وجه كونها نفسها حدثا ثم النظر فى وجه تعيين كل منهم احدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذى عينه فيه فاما وجه تخصيص محمد فهو انه رأى وجوب الاحتياط فى الموضعين فالاحتياط فى اقتداء المتوضئ بالمتيمم أن لا يصح ولا يعلل هذا الا بجهة الضرورة فاعتبرها فيقول لما كانت ضرورية حيث كانت تنتقض بوجود الماء ولا تثبت الا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة الى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوى على الضعيف وفى الرجعة الاحتياط فى انقطاعها ولا يعلل الا بجهة الاطلاق فاعتبرها هنا وهما الماء عكسا الحكم فى الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيهما بد والباقى بعد هذا الخ هو النظر فى

وهذا لانه لا يرفع الحدث بيقين حتى لو وجد المتيمم الماء كان محدثا بالحدث السابق وانما جعل لها طهارة حكما ضرورة الحاجة الى أداء الصلاة لانها مخاطبة بادائها ولا تقدر على أدائها الا بالطهارة فامرها الشرع بالتيمم

والاحكام

والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما

الترجيح فى الخلافين فى الحكم وعندى ان قولهما فى الاقتداء أحسن من قول محمد وقول محمد فى الرجعة أحسن من قولهما لان الضعف الكائن فى طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر فى شئ من الاحكام عندنا فعلمنا انه شئ له فى نفسه فيجوز اقتداء المتوضئ به وتنقطع به الرجعة خصوصا والاحتياط فى ذلك واجب هذا ولقائل أن يقول ان اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة قبل العشرة يرده الدليل وهو قوله تعالى ثلاثة قروء لخلوه عن اشتراطه فاشتراطه لانقضاء العدة يرده النص فان أجيب بان تعين الانقضاء منتف لغرض انه ليس أكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بان هذا الاعتبار الزائد لا يجدى قطع هذا الاحتمال لا فى الواقع ولا شرعا لانها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد ان قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله ولو راجعها بعد هذا الغسل الذى قلنا انه به تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعته وكذا الكلام فى التيمم فليس جواب المسئلة فى الحقيقة الا مقيدا هكذا اذا انقطع لاقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها وتجاوزها ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة اذ ذاك حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته وان عاودها ولم يتجاوز فالاحكام المذكورة بالعكس والله أعلم (قوله والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) اذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة

لئلا تتضاعف عليها الواجبات والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فكان طهارة فى حكم الصلاة وفيما هو من توابعها كدخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن ولا ضرورة فى حكم الرجعة فكان التيمم فى حقها عند عدم الماء كالتيمم عند وجوده ولكنه اذا فرغ من الصلاة فقد حكمنا بالطهارة ضرورة الحكم بصحة الصلاة وصحة الصلاة تثبت مطلقا الا ضرورة فظهرت فى حق سقوط الفرض عن ذمتها وفى حق انقطاع الرجعة لانه من لوازمه وقبل أداء الصلاة ما حكمنا بحكم فى حقها الا ان حل الاقدام على الصلاة فى حقها مترقب لان كون التيمم طهارة مترقب لترقب فى شرطه وهو عدم الماء الى ان تفرغ من الصلاة وان عدمت الماء الى ان تفرغ من الصلاة تبين ان الطهارة ثابتة فى حقها والحكم بالطهارة ثابت فان وجدت الماء قبل ذلك تبين ان الطهارة ليست بثابتة فى حقها لفقد شرطه فلا يكون الحكم باباحة الصلاة ثابتا قبله ولهذا تستقبل الصلاة اذا وجدت الماء فى خلالها وهذا بخلاف ما اذا بقى على بدنها لمعة لان قطع الرجعة هنالك لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكان طهارة قوية فى نفسها والاغتسال بسؤر الحمار كذلك فانه طهارة قوية لكونها اغتسالا بالماء ولكنها تؤمر بضم التيمم الى ذلك فى حكم حل الصلاة احتياطا لاشتباه الادلة فى طهارة الماء وقد كان الاصل فيه الطهارة ولهذا لو اغتسلت به مع وجود ماء آخر تنقطع الرجعة أيضا لكونها طهارة قوية * ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله والصحيح أن الرجعة لا تنقطع عندهما ما لم تفرغ من الصلاة لان الحال بعد شروعها فى الصلاة كالحال قبله ألا ترى انها اذا رأت الماء بطل تيممها بخلاف ما بعد الفراغ من الصلاة فانها وان رأت الماء بقيت الصلاة مجزئة فيتوقف الانقطاع على الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة * وههنا نكتة معروفة وهى ان التيمم عند محمد رحمه الله خلف عن طهارة الوضوء فيكون طهارة ضرورية ولهذا لا يصح اقتداء المتوضئ بالمتيمم عنده وههنا ترك أصله فجعلها طهارة مطلقة حتى قال تنقطع بها الرجعة بمنزلة الاغتسال وعندهما التراب خلف عن الوضوء فحصل الطهارة مطلقة حتى جاز اقتداء المتوضئ بالمتيمم عندهما وههنا جعلاها ضرورية حتى قالا لا تنقطع الرجعة قبل الفراغ من الصلاة * فالحاصل ان محمدا رحمه الله أخذ بالاحتياط فى الموضعين جميعا وهما جعلاها فى حق الصلاة طهارة مطلقة اذ الآية وردت فى الصلاة وشرع التيمم للتمكن من الصلاة وفى حق غيرها عملا بحقيقة التلويث وهو ضد التطهير فكان طهارة ضرورية (قوله والاحكام الثابتة أيضا ضرورية) وهى حل قراءة القرآن ومس المصحف ودخول المسجد لان هذه الاحكام

وقوله (والاحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية) يعنى ان ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم أما قراءة القرآن فلانها ركن الصلاة وأما المسجد فلانه مكان الصلاة وأما سجدة التلاوة فهى من توابع القراءة فانه يجوز أن تقرأ فى صلاتها آية السجدة ولقائل أن يقول الحاصل من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تتحقق حال أداء الصلاة ولا يكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب أن لا تنقطع الرجعة وان صلت ما لم تغتسل أو يمضى عليها وقت صلاة والجواب ان الضرورى متى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند أداء الصلاة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضى المدة ومن

(قوله والجواب ان الضرورى الخ) أقول فيه بحث فانه لو صح ما ذكره لم يستقم قوله فى المسئلة الآتية ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فان انقطاع الرجعة هنالك لانقضاء العدة ليس الا ويلزمه حل التزوج فليتأمل

لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته وأما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هنالك مستوفى (واذا اغتسلت ونسيت شيأ من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو كاصبع ونحوه انقطعت) قال المصنف (وهذا استحسان) اعلم أن محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه وروى انه عند أبي يوسف في العضو فما فوقه فان القياس أن تنقطع الرجعة لانها غسلت أكثر

البدن وللاكثر حكم الكل فكأنها أصاب الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دونه فالقياس أن تبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان أن تنقطع لان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمصنف أشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس أبي يوسف وبقوله والقياس فيما دون العضو أن لا تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ وهو اشارة الى قول محمد وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت قصدا لم تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان محمد وقال (بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف) فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة) وهذا اشارة الى استحسان أبي يوسف فانظر حذق المصنف في هذا الادراج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا (وعن أبي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل) والواو بمعنى أو لان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة وعنه

وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة (واذا اغتسلت ونسيت شيأ من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان أقل من عضو انقطعت) قال رضي الله تعالى عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو أن تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ ووجه الاستحسان وهو الفرق ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل

حل الصلاة ومقتضاه وكذا اللمس لانه قد يحتاج الى مس المصحف للقراءة في الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة اتقان وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلاة وقد تجب في الصلاة (قوله وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة) قال في المبسوط وهو الصحيح فان فسادها قبل الفراغ يحتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ولو تيممت وقرأت أو مست المصحف أو دخلت المسجد قال الكرخي تنقطع به الرجعة لان صحة هذه حكم من أحكام الطاهرات وقال الرازي لا تنقطع به (قوله وان كان أقل من عضو انقطعت) وذلك كنحو الاصبع كذا في المحيط والينابيع وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل (قوله والقياس في العضو الى قوله والقياس فيما دون العضو) الحاصل أن الحكم الثابت في العضو وما دونه استحسان فالقياس في العضو ان تنقطع لان للاكثر حكم الكل وفي بعض العضو أن لا تنقطع لانها لم تخرج الى حكم الطاهرات ولا يخفى تاتي كل من القياسين في كل من العضو وما دونه فيقتضي أن يتعارض في كل منهما قياسان قياس أن للاكثر حكم الكل فيوجب انقطاع الرجعة وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها ومبنى وجه الاستحسان على اعتبار القياس الثاني اذ حاصله اعتبار ظهور عدم اصابة الماء لشئ وعدمه فاذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة واذا ظهر ثبوت الاصابة انقطعت غير ان ظهور الترك يتحقق في العضو لا في الاقل على ان كون أن للاكثر حكم الكل قياسا ممنوع بل انما يحكم به في مواضع خاصة بخصوص دلائل فيها الا انه مطرد شرعا ممهد ثم وجه التفصيل المذكور ان مادون العضو يتسارع الجفاف اليه بعد اصابة الماء غير بعيد وبتقديره تنقطع الرجعة فحكم بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا ولم يجز لها ان تتزوج بآخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا في أمر الفروج حتى انها لو تيقنت عدم اصابة الماء بان علمت قصدها الى اخلاء ذلك الموضع عن الاصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل فان احتمال جفافه بعد الاصابة يبعد فيه جدا الا ان لغفلة عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الاعضاء في غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع (قوله وعن أبي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو) الواو بمعنى أو اذ ترك كل بانفراده كترك عضو وعنه وقول محمد كترك مادون العضو

من توابع الصلاة اذ حل الصلاة يقتضي حل دخول المسجد وحل قراءة القرآن وحل مس المصحف فكان هذا جوابا عن حرف الخصم بقوله حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته (قوله وان كان أقل من عضو) نحو الاصبع مثلا كذا في المحيط (قوله فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه) حتى لو تيقنت بعدم

(و) في رواية أخرى (عنه) وهو رواية الكرخي عن محمد (هو) أي كل واحد منهما (بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافا) فان المضمضة والاستنشاق سنتان عند مالك والشافعي وكان الاحتياط في انقطاع الرجعة (بخلاف غيره من الاعضاء) فانه لا خلاف لاحد في فرضيته قال (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه ثم طلقها وقال لم أجامعها ثم أراد الرجعة) فله ذلك ولا معتبر بقوله لم أجامعها لانه

ظهر الحبل في مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه (لقوله عليه السلام الولد للفراش) الحديث (وذلك) أي جعل الحمل منه (دليل الوطء منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا) لانه لا يتصور بدونه (واذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه) انه لم يجامعها (بتكذيب الشارع) وفيه بحث من وجهين أحدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم أجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني انه أقر بقوله لم أجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشارع لا يرده كما لو أقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت اليه أمر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا وأجيب عن الاول بان

قال المصنف (بمنزلة مادون العضو) أقول يجوز أن يحمل على تقدير المضاف أي بمنزلة ترك مادون قال المصنف (لان في فرضيته اختلافا) أقول أي فرضية غسله في الغسل ان أرجع ضميره الى الفم والانف وان أرجع الى المضمضة والاستنشاق فلا حاجة بنا الى تقدير المضاف بل في قوله بمنزلة مادون العضو أي غسل مادون العضو وان أرجع الى الترك أي ترك المضمضة والاستنشاق فالمقدر هو الترك

وعنه وهو قول محمد رحمه الله تعالى عليه هو بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة) لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا واذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع

(قوله لان في فرضيتهما) أي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا ولو بقي أحد المنخرين لم تنقطع الرجعة (قوله ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه) قبل الطلاق ثم طلقها (وقال لم أجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور أن يكون منه بان تأتي به لستة أشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش) واذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئا وبطل زعمه في عدم الوطء المستلزم لاقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع اياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة مادامت في العدة وهذا العدم تعلق حق أحد بسبب اقراره ذلك بخلاف مالو أقر بعين في يد غيره لانسان ثم اشتراها ثم استحقت فاخذت منه قبل أن يقضي بها للمقر له ثم وصلت الى يده بسبب من الاسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وان كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له وبخلاف مالو قال في عبد انسان انه حر الاصل أو أعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة الشراء وبحرية العبد مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه فالحاصل أن تكذيب الشرع اقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب في اللازم فينتفيان واذا انتفى عدم الوطء والرجعة ثبت وجودهما فعاد حقه في الرجعة بخلاف اقراره بما يثبت به حق الغير فان تكذيب الشرع يقتصر على حق نفسه فيبقى لازم المرتفع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب في اقراره بالحرية وثبت الحكم بها وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق فان قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وان كان لزوما شرعيا لان تخلفه يبطل اعتبار الشرع اياه لازما وقد فرض اعتباره لازما فالجواب ان الامتناع في اللزوم العقلي أما الشرعي فقد يحكم

وصول الماء) اليه بان منعته قصدا لا تنقطع الرجعة كذا في المحيط (قوله وعنه وهو قول محمد رحمه الله وهو بمنزلة مادون العضو لان في فرضيته اختلافا) فان عند الشافعي رحمه الله المضمضة والاستنشاق سنتان في الوضوء والجنابة وفي المحيط فان كان الباقي أحد المنخرين فالرجعة باقية بالاتفاق (قوله ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة الى قوله وبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى انه ثبت) بهذا الوطء الاحصان أي في حق الرجم مع انه يندرئ بالشبهات * فان قيل وجب ان لا يكون له حق الرجعة لان الرجعة حق مستحق له وقد أنكر ثبوتها له أقصى ما في الباب انه صار مكذبا شرعا حكما لثبوت النسب منه لكن لا يلزم من كونه مكذبا شرعا بقاء ما كان حقا له وصار هذا الرجل أقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحق من يده ثم وصلت اليه يوما من الدهر أمر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا * قلنا لم يتعلق باقراره هنا حق الغير والموجب لحق الرجعة ثابت وهو الطلاق بعد الدخول فوجب ان يكون له حق الرجعة بخلاف الاقرار فانه تعلق به حق الغرماء وان صار المقر مكذبا شرعا * فان قيل لم أجامعها صريح في عدم الجماع ودلالة ثبوت النسب لم يكن صريحا في وجود الجماع والصريح اذا اجتمع مع غير الصريح فالصريح أولى * قلنا الدلالة

الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق ههنا باقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغرماء به وقوله (ألا ترى) توضيح لقوله والطلاق فى ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل فى وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء (فلأن يثبت به الرجعة) التى ليست فيها جهة العقوبة (أولى)

وقوله (وتاويل مسئلة الولادة) ظاهر (فان خلا بها واغلق بابا أو أرخى سترا) على رواية كتاب الطلاق بكلمة أو وعلى رواية الجامع الصغير وأرخى سترا بالواو والاول أصح (ثم قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه) فان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول أجاب بقوله (ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض) ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطء وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه وبقدر المسلم اليه على أن يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب (بخلاف الفصل الاول) لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب (فان راجعها بعد ما خلا

ألا ترى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى وتأويل مسئلة الولادة أن تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضى العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة قال (فان خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة) لان تاكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق فى حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لان تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول (فان راجعها) معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها (ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لانه يثبت النسب منه اذ هى لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى فى البطن هذه المدة فأنزل واطئا قبل الطلاق

الشرع باللزوم على تقدير فتقتصر الملازمة عليه وهنا كذلك فانه حين أقر بالعين لفلان ثبت ان فلانا أحق بها من غيره فاذا كذبه الشرع بالقضاء به للمستحق فى اقراره بانه لفلان ثبت انه ليس لفلان بالنسبة الى المستحق فقط وانه له بالنسبة الى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه (قوله ألا ترى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان) أى الوطء الذى يثبت بتكذيب الشرع اياه والاحصان له مدخل فى ايجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها فى العقوبة أولى (قوله وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق) أى فى مدة تصلح بان تلد لستة أشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمنا (قوله وأغلق بابا) المناسب أو أغلق بأو كما فعل فى أرخى لا بالواو لان كلا منهما تفصيل للخلوة لاستقلاله باثباتها لا مباين لها (قوله لان تاكد الملك بالوطء) اذ بعدمه تبين بالطلاق لا الى عدة وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعدمه فصار مبطلا حق نفسه من الرجعة (قوله ولم يصر مكذبا شرعا الخ) جواب عما قد يقال انه هنا أيضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعا انزاله واطئا شرعا فمنع كونه بناء على ذلك شرعا أو على ما يستلزمه بل هو بناء على تمام تسليم المبدل وهو بضعها بالتخلية التى هى وسعها ولو توقف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس هو فعلها لتضررت فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبهما والعدة يحتاط فى اثباتها لان انقضاءها يستلزم حلها للأزواج فهى حق الشرع فلا يصدقان فى ابطالها فتصير العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها فلم تقم الخلوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك وقول امام الحرمين ان العدة تستدعى سببا فى الشغل مردود بالآيسة والصغيرة ولو قال جامعتها كان له الرجعة وان كذبته المرأة فى الوطء (قوله بخلاف الفصل الاول) يتصل بقوله لم يصر مكذبا شرعا وعنى به ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له فى قوله لم اجامعها حيث جعله واطئا حكما لان الرجعة تنبنى على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لانه لا نسب بلا ماء فتثبت (قوله معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) أى ثم طلقها ثم راجعها لا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق صحت أى ظهر صحتها

من الشارع أقوى من التصريح الصادر من العبد لاحتمال الكذب عن العبد وعدم احتماله من الشارع (قوله فان خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا) فى الفوائد الظهيرية ذكر ههنا أى فى الجامع الصغير أغلق بابا وأرخى سترا بالواو وفى كتاب الطلاق قال أو أرخى سترا باو وهو الصحيح (قوله فانزل واطئا قبل الطلاق

بها وقال لم أجامعها) يعنى وان كان لا يملكها (ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) أى الرجعة السابقة (لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة) ولاحتمال المدة (فان الولد يبقى فى البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فانزل واطئا قبل الطلاق دون

(قوله والصريح يفوق الدلالة) أقول الدلالة اذا عملت عملها لا يعارضها الصريح فضلا عن أن يكون فوقها وما نحن فيه كذلك (قوله وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين) أقول أى لا يملك الرجعة

دون ما بعده) لان فيما بعده يكون الوطء حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعنى الا الى عدة لان الغرض عدم الوطء قبله

دون ما بعده لان على اعتبار الثانى يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام (فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهى رجعة) معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليه بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثانى من علوق حادث منه فى العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة أولاد فى بطون مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثانى رجعة وكذا الثالث) لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثانى صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث فى العدة ويقع الطلاق الثانى بولادة الولد الثانى لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات

(قوله لان على اعتبار الثانى) وهو انزاله واطئا بعد الطلاق وحينئذ فالصلف فى العبارة أن يقول لان على الاعتبار الثانى يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه فى عدم الوطء اذ المؤدى على عبارته هكذا على اعتبار انزاله واطئا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم وتحصيل المقصود من هذه بتكلف بعد توهم خطئها (قوله والمسلم لا يفعل الحرام) فان قيل والظاهر منه أيضا أنه لا يكذب فالجواب لا بد من أحد الاعتبارين وعلى الاول يلزم كذبه وعلى الثانى يلزم الزنا وهو أعظم من مثل هذه الكذبة (قوله وهو أن يكون بعد ستة أشهر وان كان أكثر من سنتين) ان خفيه للوصل فأفادان قوله بعد ستة أشهر معناه أى فصاعدا أقل من سنتين أو أكثر وان كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة لان الثانى يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق فى العدة لان امتداد الطهر لا غاية له الا الاياس وبه يصير مراجعا بخلاف ما ذكر فى كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وفى أكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق فى الاول دون الثانى فان هذا الاحتمال سقط هنا لانهما اذا كانا من بطنين كان الثانى من وطء حادث البتة بخلاف ما اذا كان بينهما أقل من ستة أشهر فانهما حينئذ من بطن واحد اذ لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثانى من وطء على حدته بعد الطلاق الواقع بولادة الاول فلم تثبت الرجعة لانها بالوطء الكائن بعد الطلاق (قوله وان قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد فى بطون مختلفة)

دون ما بعده لان على الاعتبار الثانى) وهو جعله واطئا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام وعلى اعتبار الاول وان صار كاذبا والكذب حرام أيضا الا أنه أهون من الزنا (قوله فيكون الولد الثانى من علوق حادث ضرورة) لان الولد لا يبقى فى البطن لاكثر من سنتين فيكون من زوجها اذ لا يظن بها ارتكاب الزنا فكان رجعة ضرورة وأما اذا ولدت لاقل من سنتين فلان العلوق حادث والحادث يضاف الى أقرب الزمان اذا أمكن وقد أمكن اذا تخلل بين الولادتين ستة أشهر فصاعدا وذكر فى كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا اذا ولدت لاقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة وان ولدت لاكثر من سنتين يكون رجعة لانها اذا ولدت لاقل من سنتين احتمل العلوق بعد الطلاق فكان رجعة واحتمل العلوق قبل الطلاق فلم يكن رجعة فلا تثبت الرجعة بالشك أما ههنا فقد سقط اعتبار هذا الاحتمال لانها ولدت ولدين فلو لم يجعل الولد الثانى من علوق حادث لصار مع الولد الاول بطنا واحدا والاتحاد لا يثبت بالشك اذا كان بين الولدين ستة أشهر فصاعدا فصار الولد الثانى من علوق حادث بعد الطلاق فكان رجعة (قوله وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا) وهو انه يجعل العلوق بوطء حادث فى العدة * فان قيل بعد كل ولد نفاس فالقول بالمراجعة بعده حمل فعلهما على الحرام لان الوطء فى النفاس حرام * قلنا لا يلتفت الى هذا رعاية للنسب لان النسب مما يحتاط فى اثباته والنفاس قد يوجد وقد لا يوجد وقد يقل وقد يكثر فلا تيقن بارتكاب الحرام ولو ولدت ثلاثة أولاد فى بطن واحد والمسئلة بحالها فانها تطلق ثنتين وانقضت العدة بالولد الثالث لان علوق الكل دفعة واحدة فلا حاجة الى القول بالرجعة فاذا ولدت الاول وقعت واحدة ووجبت

لانه أنكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة قال (فان قال لها اذا ولدت فانت طالق) ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا فاما أن يكون بين الولدين ستة أشهر أو لا فان كان الثانى فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثانى وما ثم دليل على أنه وطئها بعد الولد الاول فلا يثبت به الرجعة وان كان الاول وهو المذكور فى الكتاب فهى رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله (وان كان أكثر من سنتين) ان للوصل أى لما كان بين الولدين ستة أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية فى أقل من سنتين وبين ان تكون أكثر من ذلك فى ثبوت الرجعة لان الولد الثانى مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة (وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق) على ما ذكره فى الكتاب واضح وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الخ

وقوله (والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف أي مجلو وهو أن تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها وقوله (اذا النكاح قائم بينهما) يدل عليه أن التوارث قائم بينهما وكذلك جميع أحكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما بينهما لجاز أن يسافر بها كما في نكاحه وليس كذلك على ماذكره أجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون

نفس المسافرة دليلا على الرجعة أجيب بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان وقوله (ولان تراخي عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج الى المراجعة ولا حاجة له اليها فلا تراخي أما ان التراخي كذلك فقد علم مما تقدم وأما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر لان كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز اذا انقضت المدة ولم يراجعها وأما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه وأجيب بانه انما يرد أن لو كان المراد بالمدة العدة وأما اذا أريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل تأخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون مدة الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة أيضا يثبت

الحيض حين وقع الطلاق (والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين) لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه) معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها (وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر رحمه الله تعالى عليه له ذلك لقيام النكاح ولهذا له أن يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة له فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها

وهو ان يكون بين كل ولدين ستة أشهر فان كان أقل فهما توأمان فيقع طلقتان بالاولين لا غير اذ بالثالث تنقضي العدة ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن تقع تطليقة واحدة بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شيء واذا كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا ان العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعا وقوله وبالثاني صار مراجعا معناه ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع بالثاني طلقة ثانية لان اليمين بكلما المقتضية للتكرار ودخلت في العدة وبالولد الثالث تظاهر رجعته على ماذكرنا وتقع الثالثة بولادته ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لان النفاس لا يلزمه كمية خاصة فجاز أن يكون غير ممتد وجاز أن لا ترى شيأ أصلا على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء (قوله تتشوف) التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف أي مجلو وهو ان تجلو وجهها وتصقله (قوله اذا النكاح قائم بينهما) وكذا جميع أحكامه من التوارث ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فانها

العدة واذا ولدت الولد الثاني وهي معتدة يقع آخر واذا ولدت الولد الثالث تنقضي العدة بوضع الحمل لانه لا ولد في البطن والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة (قوله لا تخرجوهن) الآية نزلت في المعتدات من الطلاق الرجعي بدليل سياقها يا أيها النبي اذا طلقتم النساء ثم قال لا تخرجوهن وصريح الطلاق رجعي * فان قيل الرجعة تصح بدلالة فعل يختص بالنكاح فلم لا يكون اخراجها للمسافرة رجعة بل هو دليل الرجعة لان الظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب المنهي عنه واخراجها من بيتها بدون الرجعة منهي عنه * قلنا المسافرة لا تكون أعلى من السكون معها في منزل واحد وذا لا يكون دليل الرجعة نعم الظاهر من حال المسلم الاجتناب عن المحرم لكن اذا كان ذلك ظاهرا لا يخفى عليه والنهي عن الاخراج في العدة مما يخفى على بعض العلماء فضلا عن العوام على ان الكلام في رجل ينادي باعلى صوته انه لا يراجعها ولا عبرة للدلالة مع الصريح بخلافه (قوله ولهذا يحتسب الاقراء من العدة) ولو اقتصر الزوال على الانقضاء لوجبت العدة بالاقراء بعد ذلك لان العدة

بالتبيين كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا   معناه
يحتسب الاقراء من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسب الاقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب بقوله اذا حضت فانت طالق ثلاث الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم يرد الرجعة فكما انه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك النكاح

معناها لا استصحاب على ما قدمناه (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع أخر عمله الى مدة اجماعا

تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا أي يبدو له أن يراجعها ولحرمتها بهذا النص لم تجعل رجعة لان الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام قيل ولا دلالة لان الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها وأورد عليه ان التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وان نادى على نفسه بعدم الرجعة وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما قلنا وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها الى مادونه لان الحرمة ليست منوطة بالسفر بل بالخروج وكما يكره السفر بها تكره الخلوة اذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعا وهو لا يريد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدي الى تطويل العدة عليها وذلك حرام وقال السرخسي انما تكره الخلوة اذا لم يأمن غشيانها اذ يصير مراجعا لها بغير اشهاد وهو مكروه ومقتضى هذا انه اذا أمن لا يكره وان كراهة الخلوة حينئذ تنزيهية ولم يلتفت شمس الائمة الى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعا كأنه لبعده جدا حيث كان انما هو النظر الى داخل الفرج وقل أن يقع مع الخلوة حتى ان الانسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين لا يقع له هذا النظر الا ان تعمده قصدا حالة الجماع لكن الوجه الذي ذكره المصنف وهو قوله لان تراخي عمل المبطل يعني الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته أي لحاجة الزوج الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة أي العدة ظهر انه لا حاجة الى الرجعة فتبين ان المبطل عمل الابانة من وقت وجوده وان مسافرته بها كانت باجنبية كما يقتضي قصر كراهة المسافرة على تقدير ما اذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك يقتضي حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصده الرجعة ويقتضي أنه لو راجعها ظهرت حاجته وان المبطل لم يعمل أصلا فيتبين ان الخلوة والمسافرة لم يكونا باجنبية والدليل على أن عمله من وقت وجوده احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب واحتيج الى عدة مستأنفة والاوجه تحريم السفر مطلقا لاطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور ان الخلوة باجنبية غير ضائر اذ حالة تحققها كانت زوجة يباح معها شرعا ما يباح من الزوجة (قوله وذلك) يعني استبداده به (يؤذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل ينافيه) أي دليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه أي ينافي الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى رضا المرأة واذنها والشهود والولي عند من يوجبه احتياطا ومما يدل على بقاء الزوجية في الرجعي من كل وجه ما قدمنا في أول الباب من النصوص فارجع اليه (قوله والقاطع الخ) جواب عن قول الشافعي الزوجية زائلة لوجود القاطع قلنا نعم وجد ولكن أخر عمله اجماعا

لا تجب الا قضاء لحق نكاح انقطع فلو جوزنا المسافرة معها تبين بعد الانقضاء ان الطلاق كان عاملا زمان الوقوع وكان المسافرة مع الاجنبية فكان حال انقطاعه لا حال بقائه كما زعم زفر رحمة الله تعالى عليه (قوله والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) حتى لو وطئها لا يغرم العقر * وقال الشافعي رحمة الله تعالى عليه يحرمه حتى يغرم العقر (قوله يوجب استبداده به) يعني ثبوت حق الرجعة للزوج بعد الطلاق ليمكنه التدارك عند الندم يوجب استبداد الزوج بذلك التدارك واستبداد الزوج بذلك الحق يشعر بكون ذلك الحق استدامة للنكاح الاول لا انشاء النكاح الجديد اذ الدليل ينافي انشاء النكاح منها دون رضاها الا ان القياس يأبى جواز نكاح الحرة وان كان برضاها الا انه ثبت بالنص فعند عدم الرضاء بقي على أصل القياس والقاطع تأخر عمله اجماعا بدليل أنه يملك عليها الايلاء والظهار ويجري الميراث بينهما ولهذا سمى الله تعالى الزوج بعلا والبعل هو الزوج والزوجية تثبت الحل قال الله تعالى الا على أزواجهم (قوله والقاطع أخر عمله الى مدة اجماعا)

وقوله (على ما قدمنا) يعني في أوائل الباب حيث قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان حل الوطء بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها) بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت أجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى أي ثبوته نظرا له يوجب استبداده به أي بالرجعة بتأويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة (واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء) اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي أن تكون الرجعة انشاء لان الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق الا في القائم وكانت الزوجية قائمة وقوله (والقاطع) جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان

وبعد انقضائها لان حل المحلية) وهو كونها آدمية ليست من المحرمات (باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة) لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له على ما ذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله ورد بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا والجواب انه معدوم بعدمه الاصلي اذ العلة لم تصر علة بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل أجاب بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه أي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة (وان

أو نظر اله على ما تقدم والله أعلم بالصواب

* (فصل فيما تحل به المطلقة) * (واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها) لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه

لان الاجماع على أن الرجعة تثبت بلا رضاها فيفيد أن عمله وهو القطع مؤخر أو نقول تأخر عمله نظر الزوج على ما تقدم من أن حق الرجعة ثبت نظر اله والله سبحانه أعلم

* (فصل فيما تحل به المطلقة) * لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره (قوله لان حل المحلية) تركيب غير صحيح والصحيح أن يقال لان حل المحل باق أو لان المحلية باقية وهذا لان المحلية هي كون الشئ محلا ولا معنى لنسبة الحل اليها اذ لا معنى لحل كونها محلا (قوله لان زواله) مرجع الضمير الحل وضمير فينعدم للزوال (قوله ومنع الغير) جواب عن مقدر والمتبادر من العبارة أن يقال ما فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا لغيره فأجاب بلزوم اشتباه النسب في الاجنبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا استشكال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنعه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل أن لا يشتبه النسب (ولا اشتباه في اطلاقه) أي اطلاق صاحب العدة عن ذلك المنع لان الماء ماؤه فلذلك جاز الاجماع على اطلاقه وأطلق وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص أعني الاجماع لان الصغيرة والآيسة لا اشتباه في حقهما مع عدم اطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من اطلاقه وعدم المانع لا يعلل به لكن المعنى انه لم يجتمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع و بسطه أن العدة بعلة الحاجة الى دفع الاشتباه فوجود الحاجة الى الدفع مقتض لثبوت العدة المانع من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها الا أنه وجد المقتضى للعدم لان العلة لا تؤثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم أعني وجود العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن اما بعلة أخرى واما أن يكون اظهار الخطر الجل اذا تأملت حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليعز على الراغب بخلاف مالو أطلق مطلقا كما أظهر خطره

جواب عن قول الخصم وهو قوله الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق نقول نعم وجد القاطع ولكن أخر عمله الى انقضاء العدة اجماعا فان عند الشافعي رحمه الله تثبت الرجعة بالقول بدون رضا المرأة كما هو قولنا ولو ملك الرجعة عليها من غير رضاها بدل على ان النكاح قائم اذ لو زال لكانت الرجعة انشاء للملك عليها ابتداء واحد لا يملك ابتداء النكاح على الاجنبية الا برضاها وكذا من غير مهر ومن غير ولي عنده وكذا بغير شهود (قوله أو نظر اله) أي للزوج على اعتبار الخلاف (قوله على ما تقدم) وهو قوله لان حق الرجعة يثبت نظر اللزوج والله تعالى أعلم بالصواب

* (فصل) * فيما تحل به المطلقة (قوله لان حل المحلية باق) المعنى من حل المحلية كونها أنثى من بني آدم ليست من المحرمات وهو موجود ههنا (قوله ومنع الغير) جواب سؤال مقدر بان يقال ان الله تعالى لم يجوز

* (فصل فيما تحل به المطلقة) * قال المصنف (فينعدم قبله) أقول وتذكير الضمير الراجع الى الطلقة لتأويله بالطلاق (قوله أجاب بقوله ومنع الغير في العدة الى قوله اذ الاشتباه انما يكون الخ) أقول هذا أيضا من قبيل التعليل في مقابلة النص والاولى أن يقال خص منه المطلق بالاجماع

من الصور وأقول كما ذكرت اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق وأما انه ملزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر وهو جهة التعبد (وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمراد بقوله تعالى فان طلقها الطلقة الثالثة عند أكثر أهل التأويل (والثنتان في الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية) لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزأ فكملت على ما عرف وانما يجب أن يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حينئذ لم يقيد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول (والزوجية المطلقة) أي الكاملة (انما تثبت بنكاح صحيح) وانما اشترط الدخول بها اما باشارة الكتاب على ما ذكره المصنف وهو ظاهر يقتنع بعض المشايخ

(وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها) والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح

مرة أخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوه أو لم يطلع عليها أو هي فيهما تعبد محض ولم يمكن أخراجهما من حكم العدة فعم النص عليهما وفي غيرهما معلل بما قلنا فليست العدة مطلقا تعبدية (قوله وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة أو ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره الخ) لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها أو غير مدخول بها لصريح اطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم رآه أن ينقله فضلا عن أن يعتبره لان في نقله اشاعته وعند ذلك ينفتح باب الشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى أن مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال وما صرح فيه بعدم الفرق مختارات النوازل والامر فيه من ضروريات الدين لا يبعد اكفار مخالفه (قوله والمراد) أي المراد بقوله تعالى فان طلقها (الطلقة الثالثة) لانه ذكرها عقيب الطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها أي الثالثة هذا قول الجمهور وذهبت طائفة الى ان الثالثة هي قوله أو تسريح باحسان فان أبارزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت الطلقتين في القرآن فأين الثالثة فقال في قوله أو تسريح باحسان كذا في المبسوط وكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة انه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى فان طلقها اذ لا يمكن الخلاف في أن المراد بقوله فان طلقها الثالثة لانه عقبها بقوله فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق أن المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار فان الثاني ذكر شرط الاعطاء حكم الثالثة والاول ذكر لبيان ابتداء شرعية الثالثة وحاصله أن يقال شرعها ثلاثا ورتب على الثالثة حكما وبين ذلك بقوله الطلاق مرتان وبعدهما اما الامساك بمعروف أو تسريح بثالثة باحسان فان طلقها الثالثة اختار الاحد الامرين الجائزين له فحكمه ان لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فحصل ان كلا منهما مراد به الثالثة (قوله لحل المحلية) فيه ماسبق (قوله ثم الغاية) أي غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي أمة ثم ملكها أو ثلاثا الحرة فارتدت ولحقت ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطؤها بملك اليمين حتى تزوج زوجا فيدخل بها الزوج ثم يطلقها (قوله والزوجية) مطلقا وكذا الزوج مطلقا انما يثبت بنكاح صحيح لان المطلق ينصرف الى الكامل أو لانه المتبادر عند الاطلاق خصوصا اذا كان مضافا الى المستقبل دون النكاح الفاسد بخلافه مضافا الى الماضي لان المراد في الاول التحصن والاعفاف وهو لا يحصل الا بالصحيح وفي الثاني صدق الاخبار وهو يحصل بالتزوج فاسد اولذا احنث في يمينه لم يتزوج بالفاسد لا في حلفه لا يتزوج

نكاح المعتدة مطلقا بقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله * فأجاب بقوله انما كان ذلك لاشتباه النسب والتعليل باشتباه النسب هو بيان الحكمة فيه لا بيان العلة لوجود التخلف فيه فانه لو طلق لصغيرة أو الآيسة تجب العدة ومنع الغير عن تزوجها في العدة وان لم يكن فيها اشتباه النسب وكذلك لا يجوز تزويج المعتدة من الصبي وان لم يكن فيه اشتباه النسب لانه لا يثبت النسب منه (قوله لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف) الرق منصف للعقوبة بقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فكون منصفا للنعمة اذ لولا ذلك لكملت النعمة فتمت الجناية وغلظت فكملت عقوبتها (قوله والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح) لان الوطء يحرم في الفاسد ويجب التفريق ولا يجب المهر

قال المصنف (وان كان الطلاق ثلاثا) أقول لم يقل ثلاثة لتأويل الطلاق بالطلقات قال المصنف (والزوجية المطلقة) أقول جعل الاطلاق قيدا للزوج دون النكاح ليتمشى على كلا وجهي شرط الدخول فليتأمل

وهو ان يحمل النكاح فى قوله تعالى حتى تنكح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق اسم الزوج فى قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تاكيدا والتاسيس أولى من التاكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظى طلق امرأته فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى تميمة وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت

وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج أو يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر روى بروايات

(قوله وشرط الدخول ثبت باشارة النص الخ) ولا يخفى أن على تقدير حمله على الوطء انما يثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق (قوله حملا للكلام على الافادة دون الاعادة) يعنى ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح على العقد لان اسم الزوج يتضمن اعادته لدلالته عليه التزاما بخلاف ما اذا حملناه على الوطء وان كان حينئذ مجازا بالنسبة الى المرأة اذ هو حال نسبته اليها اريد به التمكين من حقيقته لا حقيقته فان المجاز فى الكلام أكثر من الاعادة هذا الوجه على العموم ووجه آخر على رأينا وهو ان فى حمله على العقد مجازين النكاح فى العقد مجاز فان حقيقته الوطء والزوج فى الاجنبى مجاز باعتبار الاول وعلى الوطء مجاز واحد وهو النكاح فى التمكين والزوج حينئذ حقيقة (قوله أو يزاد على النص بالحديث المشهور) هذا انما يتصور اذا أريد بلفظ تنكح فى النص العقد لا على ارادة الوطء فيه (قوله يروى بروايات) روى الجماعة من حديث عائشة رضى الله عنها انه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الاول قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الاول وروى الجماعة الا أبا داود عن عائشة رضى الله عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عند رفاعة القرظى فطلقنى فابت طلاقى فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاى لا غير وانما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أتريدين أن ترجعى الى رفاعة لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك وفى لفظ فى الصحيحين انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفى لفظ البخارى كذبت والله يا رسول الله انى لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد ان ترجع الى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان كذلك لم تحلى له حتى يذوق من عسيلتك قال وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا وأنت تزعمين ما تزعمين فوالله لهم أشبه به من الغراب بالغراب وهو فى الموطأ هكذا أنبأنا مالك عن المسور ابن مخرمة بن رفاعة القرظى عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن سموال طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الله بن الزبير فلم يستطع أن يمسها ففارقها فاراد

قبل الوطء ولهذا لو حلف لا يتزوج فتزوج امرأة نكاحا فاسدا لا يحنث (قوله حملا للكلام على الافادة) النكاح يذكر للعقد ويذكر للوطء وهو أصله وقد أريد به الوطء ههنا ليكون الكلام محمولا على الافادة لا على الاعادة اذ العقد مستفاد من اسم الزوج فان قيل جاز أن يسمى زوجا لانه بعرض أن يصير زوجا قلنا الاصل فى الكلام هو الحقيقة ولا يعدل عنها بلا ضرورة فان قيل قد تحققت الضرورة وهى اضافته الى المرأة لانها لا تكون واطئة وانما تكون موطوءة قلنا اضافة الوطء الى المرأة تجوز مجازا باعتبار التمكين كما فى قوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا فلو حمل على الوطء لكان فيه مجاز واحد واعمال للفظ النكاح والزوج على الحقيقة ولو حمل على العقد لكان فيه مجازان والاول أولى أو نقول ما قلنا أولى لان فيه مجازا وافادة وفيما قلتم مجازا واعادة (قوله بروايات) روى بلفظ الخطاب حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك وفى

عبد الرحمن بن الزبير القرظى ثم طلقها فاتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقنى فبت طلاقى وانى نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظى وانما معه مثل الهدبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين أن ترجعى الى رفاعة لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك وقد روى بروايات مختلفة فى بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر فى الكتاب وفى بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور فى كتب الاصول وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ اطلاقه وقد ذكرنا ذلك فى التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثمة

قال المصنف (وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة) أقول قال الزيلعى هكذا ذكر الاصحاب وفيه نظر فان النكاح المنسوب الى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطء لاستحالته منها ويمكن أن يقال يجوز نسبته اليها مجازا كما يقال زانية مجازا بالتمكين منه وهذا أقرب من حمله على العقد لان فى حمله على العقد مجازين أحدهما ان النكاح حقيقة للوطء ومجاز للعقد وفيه حمله عليه والثانى ان فيه تسميه الاجنبى زوجا باعتبار ما سيؤل اليه وفيه حمل اللفظ على الاعادة أيضا وفى حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء اليها فكان أولى انتهى وفيه بحث لان التمكين من الوطء لا يوجب الوطء ولا يلزمه الا أن يقال المراد التمكين المقارن للفعل وفيه ما فيه ولا يبعد ان يقال قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره من قبيل عيشة راضية على الاسناد المجازى ولا

ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضى لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد (والصبى المراهق فى التحليل كالبالغ) لوجود الدخول فى نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره فى الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الاول

رفاعة أن ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة ووقع فى معجم الطبرانى عكس ما فى الصحيح عن عائشة رضى الله عنها كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة رجل من بنى قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال والله يا تميمة لا ترجعى الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره قال لم يروه عن أبى اسحق الا سلمة أبو الفضل (قوله ولا خلاف لاحد فيه) أى من أهل السنة أو المراد الخلاف العالى سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسى وداود الظاهرى والشيعة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه (قوله لا ينفذ) لمخالفته الحديث المشهور وقال الصدر الشهيد ومن أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين انتهى وهذا لان شرعية ذلك لاغاظة الزوج حتى لا يسرح فى كثرة الطلاق عومل بما يبغض حين عمل أبغض ما يباح (قوله والشرط الايلاج) بقيد كونه عن قوة نفسه وان كان ملفوفا بخرقة اذا كان يجد لذة حرارة المحل فلو أولج الشيخ الكبير الذى لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها الا ان انتعش وعمل والصغير الذى لا يجامع مثله أولى لانه لا يجد لذة أصلا بخلاف من فى آلته فتور وأولجها حتى التقى الختانان فانها تحل به وخرج المجبوب الذى لم يبق له شئ يولج فى محل الحل أى فى محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل وفى المبسوط فى رواية أبى حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبى أو دونه ودخل الخصى الذى مثله يجامع فيحلها وفى التجريد لو كان مجبوبا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند أبى يوسف خلافا لمحمد وفى الخلاصة لو كان مسلولا وجامعها حلت عند أبى يوسف خلافا لزفر والحسن ويشترط كونه فى المحل بيقين حتى لو جامعها وهى مفضاة لا تحل ما لم تحبل ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها فطلقها زوجها ثلاثا فوطئها هذا الزوج فافضاها لا يحلها وان كان يوطأ مثلها حلت وان أفضاها (قوله دون الانزال) خلافا للحسن البصرى لا تحل عنده حتى ينزل الثانى حملا للعسيلة عليه ومنع بانها تصدق معه ومع الايلاج وانما هو كمال وفى مسند أحمد انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هى الجماع انتهى فحيث صدق مسمى الجماع تثبت فيه الا ان فى سنده ابن عبد الملك المكى مجهول (قوله وهو الشرط بالنص) فيه نظر اذ لو كان هو الشرط ليس غيره حلت بدخول الصغير الذى لا يجامع مثله لكنها لا تحل به لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ أيضا وسواء كان حرا أو عبدا تزوج باذن المولى لا بغير اذنه عاقلا أو مجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما أو ذميا فى الذمية حتى يحلها الزوجها المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة وتحل بوطء الزوج فى الحيض والنفاس والاحرام وان كان حراما رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ النكاح وحلت للزوج (قوله وفسره) أى فسر الصبى المراهق فى الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع وفى المنافع

رواية من عسيلته ومن عسيلتك وفى رواية حتى يذوق عسيلتها الى آخره بلفظ الغيبة (قوله والشرط الايلاج) لان الذوق يحصل بالايلاج والانزال شبع فلا يشترط (قوله والكمال قيد) أى الحديث المشهور شرط الدخول وهو عبارة عن الايلاج فحسب فكان اشتراط الانزال فى الايلاج زيادة قيد على الدخول المطلق والمطلق ينصرف الى الكامل فى الماهية فلا يتوقف الحكم المرتب على الامر الكامل الحيز يادة وصف لا دلالة له فى اللفظ عليه لانه يجرى مجرى النسخ (قوله والحجة عليه ما بينا) وهو قوله لوجود الدخول فى نكاح صحيح

(ولا خلاف لاحد فيه) أى فى اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب وقيل هو قول بشر المريسى وقوله (غير معتبر) لانه مخالف الحديث المشهور ولهذا (اذا قضى القاضى به) أى بقول سعيد بن المسيب (لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لان الانزال كمال ومبالغة فيه) أى فى الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لانه ذكر العسيلة وهى تصغير العسلة وهى كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهى تحصل بالايلاج وكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال (ومالك يخالفنا فيه) أى فى اشتراط الايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو انما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبى المراهق كالبالغ فى افادة التحليل (والحجة عليه ما بيناه) ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله (فسره) أى المراهق (فى الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الخ) وهو ظاهر

ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها أما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) لان الغاية نكاح الزوج (واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله (فان طلقها بعدما وطئها حلت للاول) لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول

المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تتحرك آلته ويشتهي الجماع وفي فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين ولا تنس ما أسلفناه في باب الاولياء والاكفاء من اشتراط كون الزوج كفأ على رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله اذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول أبي يوسف وهو المختار للفتوى في زماننا وعلى هذا لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله (قوله ووطء المولى لا يحلها) لزوجها لما قدمناه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجا (قوله بشرط التحليل) أي بان يقول تزوجتك على أن أحللك له أو تقول هي ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له أما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به و يكون الرجل ماجورا لقصده الاصلاح والحديث المذكور روى من حديث ابن مسعود وعلي وجابر وعقبة بن عامر وأبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم أجمعين والتخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة هكذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا أخبركم بالتيس المستعار قالوا بلى يارسول الله قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في علله الكبرى عن الليث بن سعد ما أراه سمع من مشرح بن عاهان ولا روى عنه ودفع بان قوله في الاسناد قال لي أبو مصعب مشرح يرد ذلك ورواه الدارقطني معنعنا عن أبي صالح كاتب الليث عن الليث به ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيي بن عثمان ذكره ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط وأبوه عثمان بن صالح المصري ثقة أخرج له البخاري ومشرح وثقه ابن القطان ونقل عن ابن معين أنه وثقه والعلة التي ذكرها ابن أبي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره قال الزيلعي في التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وظاهره انه اعتراض ثم جوابه أما الاعتراض فنشؤه عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك انهم لا يطلقون اسم الحرام الا على منع ثبت بقطعي فاذا ثبت بظني سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب وأما الجواب فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك وقد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطى كلامه من تسمية المنع الثابت بظني حراما (قوله وهذا) أي المحلل الشارط هو محمل الحديث لان عمومه وهو المحلل مطلقا غير مراد اجماعا والا شمل المتزوج تزويج رغبة (قوله لانه في معنى الموقت) والموقت في معنى المتعة أو هو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا

وقوله وفسره في الجامع الصغير فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع معناه أن تتحرك آلته ويشتهي وهذا لان في الحديث ذكر الذوق من الطرفين وهذا انما يتحقق في المراهق الذي يشتهي والاولى أن يكون المحلل حرا بالغا قال الامام قاضيخان وثبوت الحل للزوج الاول بوطء الصبي مذهبنا يثبت الحل بوطء الزوج الثاني سواء كان صبيا أو مجنونا أو حرا أو مملوكا وقال الحسن البصري لا يحلها جماع الصبي لان عنده التحليل لا يتم بدون الانزال وعند مالك والشافعي رحمهما الله لا يتم التحليل الا بجماع من كان من أهل الماء (قوله واذا تزوجها بشرط التحليل) بان قال تزوجتك على أن أحللك أو قالت المرأة ذلك اما لو أضمرا ذلك في قلبهما فانه يصح العقد وتحل للاول عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله لا يصح وذكر الامام التمرتاشي لو خافت

قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) اذا طلق امرأة ثنتين وهي أمة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روى ان عثمان سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج (ولو تزوجها بشرط التحليل) بان قال تزوجتك على ان أحللك أو قالت المرأة ذلك (فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له) فان محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو أضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لا فساده (فان طلقها) يعني الذي شرط التحليل (بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت) كانه قال تزوجتك الى وقت كذا (ولا يحلها على الزوج الاول

لفساده وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث (واذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني مادون الثلاث كما يهدم الثلاث وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

يحلها وتسميته محللا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا أو طالبا للحل ولانه ملعون وعقد النكاح نعمة ولو كان صحيحا لم يلعن عليه ويؤيده ما في مستدرك الحاكم جاء رجل الى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها أخ له ليحلها لاخيه هل تحل للاول قال لا الا نكاح رغبة كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه قلنا كونه في معنى الموقت ممنوع اذ تعيين نهاية الوطء لا يستلزم تعيين وقته لان الوطء قد يكون في ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريح ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه واللعنة على مباشرته من الوجه الممنوع وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض هذا الحديث وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم انهم كانوا لا يحكمون بحلها للاول لصدقه مع ثبوت الحرمة (قوله لانه استعجل) حاصله ان المفسد وهو التوقيت منتف لانه ليس بتوقيت والغرض وهو حلها له يختلف لانه استعجله بطريق محظور كقاتل المورث الا ان هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا ثم اعترض عدمه مغيا بنكاح زوج غيره فعند وجود الغاية ينتهي المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للاول البتة ومن الحيل اذا خافت ان لا يطلقها المحلل ان تقول زوجتك نفسي على ان أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد فاذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر بيدها وهذا بناء على ما عليه العامة ان شرط التحليل يبطل ويصح النكاح وذهب بعضهم الى انه يصح الشرط أيضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه ونقل عن أبي حنيفة رحمه الله في روضة الزندويستي ذلك وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لانه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لانه لا شك انه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود في مثله على قسمين منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الاصل ولا شك ان النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وان لا يجبر على الطلاق نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة وما أورده السروجي من ان الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل كلامهم لانه لا يلزم من قصد الزوج ذلك ان يكون بما هو معروف بين الناس متداول انما ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشهورا به وهنا قول آخر وهو انه ماجور وان شرط لقصد الاصلاح وتأويل اللعن عند هؤلاء اذا شرط الاجر على ذلك هذا ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لامكن ان يقال ان مقتضى اللفظ ان تعلق اللعن به اذا كثر منه ذلك بان نصب نفسه لهذا الامر شرط أولا لان المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكثير في فعل الفاعل أو المفعول فلو أراد تعليق اللعن به بمرة اذا شرط لقال المحل من أحل بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وان لم يكن فيه تكثير (قوله ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين) يعني اذا كان دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده في صورة المسئلة بالحرة لوضعها في هدم الطلقة والطلقتين ولا يتحقق في الامة الا هدم طلقة

المرأة أن لا يطلقها المحلل فتقول زوجت نفسي منك على ان أمري بيدي أطلق نفسي كلما أريد فيقول الرجل قبلت جاز النكاح وصار الامر في يدها وفي التفاريق لو ادعت دخول المحلل صدقت وان أنكره وكذا على العكس (قوله واذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين) الى أن قال وقال محمد رحمه الله لا يهدم مادون الثلاث لانه غاية الحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انتهاء للحرمة قبل الثبوت الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث

لفساده) فان من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم (وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا) ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما أخره الشرع) لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل على الاول بعد موت الثاني فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل (فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث) وذكر في روضة الزندويستي ان أبا حنيفة قال النكاح جائز والشرط جائز حتى اذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه اياها يجبره القاضي على ذلك وتحل للزوج الاول اذا طلقها الثاني برأيه أو بامر القاضي اياه قال الامام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب (واذا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني التطليقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث) يعني انه يجعل ذلك الباقي من الملك الاول كان لم يكن ولا تحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلاثا جمعا أو فرادى (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو مذهب ابن مسعود

(قوله لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني) أقول وفيه شئ

وقال محمد رحمه الله لا يهدم مادون الثلاث) لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

واحدة لالانه لاهدم فى الامة أصلا (قوله وقال محمد لا يهدم) والمسئلة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن أبى حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود اذ جاءه اعرابى فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الاول ان يتزوجها على كم هى عنده فالتفت الى ابن عباس وقال ما تقول فى هذا قال يهدم الزوج الثانى الواحدة والثنتين والثلاث واسأل ابن عمر قال فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس وروى البيهقى من طريق الشافعى بسنده عن عمر فى نحوه قال هى عنده على ما بقى ونحوه عن على ونقل عن أبى بن كعب وعمران بن الحصين فاخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بالوجه (قوله لانه غاية للحرمة) أى لان الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل له أى مطلقا لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره فيكون أى الزوج منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت أى ثبوتها فاللام بدل الاضافة ولا ثبوت لها الا بعد الثلاث فلا يكون منهيا فيلها فصار كما لو تزوجها قبل التزوج أو قبل اصابة الزوج الثانى حيث تعود بما بقى من التطليقات قلنا قد عملنا بالنص وجعلناه منهيا للحرمة فى صورة الحرمة الغليظة لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو اثبات الحل مطلقا قلنا به وتركتم أنتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا وجه الاستدلال انه سماه محللا وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فان قلت تقدم آنفا أن محمل الحديث الشارط للحل للعلم قطعا انه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة والا لتعلقت بالمتزوج تزويج رغبة فلا بد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا شارط الحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت للحل الجديد شرعا لانه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه قيل لا شك ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل فالمعنى حينئذ لعن الله مثبت الحل اذا شرط الحل فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظ من التركيب المذكور بل كان

بالنص قال الله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وكلمة حتى للغاية ولم تثبت تلك الحرمة بالطلقة والطلقتين لانها متعلقة بالثلاث وببعض أركان العلة لا يثبت شىء من الحكم فلم يكن الزوج الثانى غاية اذ غاية الحرمة قبل ثبوتها محال ألا ترى انه لو قال اذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلانا حتى أستشير فلانا ثم استشاره قبل مجىء رأس الشهر لا يعتبر هذا لان الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين فاذا لم تعتبر كان وجودها كعدمها ولو تزوجها قبل التزوج أو قبل اصابة الزوج الثانى كانت عنده بما بقى من التطليقات فكذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا اصابة الزوج الثانى بنكاح صحيح تلحق المطلقة بالاجنبية فى الحكم المختص بالطلاق كما بعد التطليقات الثلاث وبيان هذا ان بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم باصابة الزوج الثانى يرتفع الوصفان جميعا وتلحق بالاجنبية التى لم يتزوجها فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بانها مطلقة فيرتفع ذلك باصابة الزوج الثانى ثم الدليل على الزوج الثانى رافع للحرمة وموجب للحل (قوله قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له) والمحلل من يثبت الحل كالمسود من يثبت السواد فان قيل انما يثبت كونه محللا بهذا النص عند استحقاق اللعن فكيف يثبت التحليل عند عدمه قلنا لما ثبت التحليل مع استحقاق اللعن فلان يثبت التحليل عند عدمه أولى على ان التحليل من حيث انه زوج واستحقاق اللعن ليس بهذا الاعتبار بل بامر آخر ولما كان محللا وجب أن يكون مفيدا الحل لا زوال الا بالثلاث تطليقات وكذا فى المتنازع فيه أو نقول لما كان مفيد الاصل الحل فلان يكون مكملا للحل أولى لان اثبات الوصف أيسر من اثبات الاصل ولذلك لا يهدم الطلقة والطلقتين فان قيل الزوج الثانى غاية للحرمة بكتاب الله تعالى فحتى جعلناه مثبتا للحل مطلقا يلزم تغير قضية الكتاب ومتى جعلناه غاية للحرمة يكون عملا بحقيقة الكتاب

وابن عباس وابن عمر (وقال محمد) وزفر والشافعى (لا يهدم) ويبقى الزوج ما لكا بما بقى من الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلى وأبى بن كعب وعمران بن حصين وأبى هريرة فاخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد بان الزوج الثانى غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها لان المغيا ينتهى بالغاية فيكون الزوج الثانى منهيا للحرمة ولا انتهاء للحرمة قبل ثبوتها وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث (ولهما قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل والمحلل له) ووجه الاستدلال ان أهل الحديث أوردوه فى باب ما جاء فى الزوج الثانى وكان المراد بالمحلل الزوج الثانى

سماه

سماه محللا وهو المثبت للحل

مفسر فغيه حينئذ دليل على ان الزوج مثبت الحل وتعليق اللعنة به اذا شرطه وبه يندفع ما قدمناه ويظهر ان المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث ان محمله لعنة المحلل اذا شرطه لان المراد بالمحلل فى لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بينا من انه لا بد من كونه مثبتا له نعم يرد عليه ما قيل انه لما جعل محللا فى صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته فى غيرها وأجيب بانه يثبته فيها بدلالته لانه لما كان محللا فى الغليظة ففى الخفيفة أولى وأيضا بالقياس عليه فى صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا لان صورة الحرمة الغليظة محل والمحل لا يدخل فى التعليل لانه لو دخل لانسد باب القياس لان محل الاصل غير محل الفرع وأورد عليه ان ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لان الحل ثابت فيه وتحصيل الحاصل محال أجيب ان لم يقبل المحل أصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه بان يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين وما صلح سببا لاصل الشىء صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللا ومفهومه لا يزيد على انه مثبت لمجرد الحل وهو حاصل فى المتنازع فيه وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك فى صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل باتفاق الحال وهو انه محل ابتدأ فيه الحل لاستيفاء الزوج ما له من الطلقات قبله وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقى الائمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الاسرار ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم أتريدين أن تعودى الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقى عسيلته فغيا عدم العود بالذوق فعنده ينتهى عدمه ويثبت هو والعود هو الرجوع الى الحالة الاولى وهى ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات وليس بشىء لصدق حقيقته قبل الزوج الثانى لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تحلل زوج أتريدين أن تعودى الى فلان صدق حقيقته وان كان العود لا الى ما يملك به ثلاثا فالحاصل ان العود الى عين الحالة الاولى محال فالمراد العود لى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لانتفاء اشتراط عموم وجه

ومجاز الخبر وهذا أولى من العمل بحقيقة الخبر ومجاز الكتاب قلنا نحن نعمل بحقيقتهما لان الكتاب جعله غاية ونحن جعلناه غاية والخبر جعله محللا والكتاب ساكت عنه فجعلناه محللا فكان هذا عملا بحقيقتهما وأنتم فان عملتم بحقيقة الكتاب وبمجاز الخبر فكان ما ذهبنا اليه أولى فان قيل جعله محللا يخل بمعنى الغاية لان غاية الشىء بمنزلة ما ينتهى به الشىء من غير أن يكون مؤثرا فى شىء ومثبتا الشىء قلنا لا منافاة بينهما لان الشىء كما ينتهى بمضى الوقت ينتهى بوجود ضده كالصوم ينتهى بمجىء الليل وكذا بوجود ضده وهو الاكل وكذا الحياة تنتهى بوجود ضده وهو الموت وكذا الرق ينتهى بوجود ضده وهو العتق فكذا الحرمة هنا تنتهى بوجود الزوج الثانى لانه يوجب ضدها وهو الحل وهذا لان الشىء قد يكون غاية بصورته وقد يكون غاية بمعناه فجعلناه غاية بمعناه لانه يثبت الحل به وهذا كالنص المحلل اذا ورد لم يبق النص المحرم لا لان النص المحلل رافع للنص المحرم لان هذا بداء على الله تعالى ولكن تبين به ان النص المحرم موقت الى هذا الوقت فكان غاية بمعناه لانه يثبت ضده وهو الحل فكذا هنا يدل عليه قوله تعالى حتى تغتسلوا ولا شك أن الاغتسال كما ينتهى به الحدث تثبت به الطهارة الجديدة * فان قيل الزوج الثانى انما صار محللا للحاجة ولا حاجة هنا فكان بمنزلة المعذور اذا توضأ فى آخر وقت الظهر بعد ما صلى الظهر وانقطع الدم ينتقض وضوءه بالسيلان فى وقت العصر لعدم حاجته الى تلك الطهارة * قلنا انما يستقيم هذا ان لو كان كونه مثبتا للحل لمكان الحاجة وليس كذلك ألا ترى انه لو تزوجها على قصد أن لا يطلقها أبدا أو لم يكن من قصد الاول أن يراجعها أبدا يثبت الحل بخلاف طهارة صاحب العذر فانها شرعت للحاجة * وهذه مسئلة اختلف فيها أصحاب النبى عليه السلام ما قاله أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم النخعى وأصحاب عبد الله بن مسعود رضى الله عنهم * وما قاله محمد وزفر والشافعى رحمهم الله قول عمر وعلى وأبى بن كعب وعمران بن حصين

(سماه محللا وهو المثبت للحل) ثم الحل الذى يثبت به اما ان يكون الحل السابق أو حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثانى وبالضرورة يكون غير الاول والاول حل ناقص وكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات الثلاث فان قيل سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضى أن يكون ذلك فى المطلقة ثلاثا لامرين أحدهما ما ذكره المصنف ان محمله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا فى المطلقة ثلاثا والثانى ان الحل قبل ذلك ثابت فيصرف الى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة

فالجواب انا قدذكرنا القوله وهو محله معنيين أحدهما ماذكرنا وليس بمرضي والثاني ان محله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول فان الحل وان كان قبل ذلك ثابتا لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الزوج الثاني على الاطلاق محللا فانصرف الى بعض الصور وتقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت قبله على ماذكرناه فكانت المطلقة ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثاني (واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي) على ماذكر في الكتاب ظاهر وقوله (واختلفوا في أدنى هذه المدة) قال أبو حنيفة لا تصدق في أقل من

ستين يوما وقال أبو يوسف ومحمد تصدق في تسعة وثلاثين يوما وتخريج قولهما انه يجعل كانه طلقها في آخر جزء من أجزاء الطهر وحيضها أقل الحيض ثلاثة وطهرها أقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلاثة اذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون يوما فلذلك صدقت في تسعة وثلاثين يوما لانها أمينة أخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها وأما تخريج قول أبي حنيفة فيجعل كأنه طلقها في أول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه باقله وحيضها خمسة لان من النادر أن يكون حيضها أقل الحيض أو يمتد الى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة فثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوما فذلك ستون يوما وهذا على ماذكره محمد وأما على رواية الحسن

(واذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها اذا كان في غالب ظنه أنها صادقة) لانه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في أدنى هذه المدة

التشبيه (قوله فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي) في النهاية انما ذكر اخبارها هكذا مبسوطا لانها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثاني دخل بي ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكرته مبسوطا لا تصدق في كل حال وعن السرخسي لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها لاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد وفي الفتاوى لو تزوجها ولم يسالها ثم قالت ماتزوجت أو مادخل بي صدقت اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها واستشكل بان اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغي أن لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير أو محرما أو كان العقد بغير شهود ذكره في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كأنه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله ان دخل بها انتهى من قاله ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور وقال في الفتاوى في باب الباء لو قالت بعد ماتزوجها الاول ماتزوجت باخر وقال الزوج الاول تزوجت بزوج آخر ودخل بك لا تصدق المرأة اه ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لاني جامعت أمها ان صدقته المرأة لا تحل للزوج الاول وان كذبته تحل كذا أجاب القاضي الامام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها وكذا على العكس وفي النهاية ولم يعرج بي لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها ان تزوجتها هل تحل للاول قالت يبنى الامر على غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل وعن الفضلي لو قالت تزوجني فاني تزوجت غيرك فطلقني وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ماتزوجت صدقت الا أن تكون أقرت بدخول الثاني كأنه والله أعلم يحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ماتزوجت على معنى مادخل بي لا على انكار مااعترفت به ولذا قال الا أن تكون أقرت بدخول الثاني فانه لم يقبل قولها فانها حينئذ تكون مناقضة صريحة وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن أنه لم يحنث فأفتيت المرأة بوقوع الثلاث وخافت ان أعلمته بذلك أن ينكر هل لها أن تستحل بعدما يفارقها بسفر وتأمره اذا حضر بتجديد العقد قال نعم ديانة (قوله لانها معاملة) أنث الضمير وان كان مرجعه وهو النكاح مذكرا التانيث خبره وفي غير نسخة لانه على الاصل (وقول الواحد فيهما مقبول) كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات ولذا يقبل قول الاماء والعبيد في الهدية (قوله وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله) أفاد أن تصديقها اذا وقع في قلبه

وأبي هريرة رضي الله عنهم فاخذ الشبان بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة كذا في المبسوط (قوله لانها معاملة) أي النكاح معاملة وفي المعاملات يعتبر خبر كل مميز لعموم الضرورة الداعية الى سقوط سائر الشرائط كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارة (قوله أو أمر ديني لتعلق الحل به) لان الحل حق الشرع فيقبل قول الواحد كما في خبر نجاسة الماء وطهارته أو رواية حديثا

عنه فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة نظرا لها بقدر حيضها باكثر المدة نظرا للزوج وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يوما وسنبينها

(قوله فالجواب انا قدذكرنا القوله وهو محله الخ) قول وكان يمكن له أن يجيب بان شرط الحل متمش في غير المطلقة ثلاثا فانا نقول يثبت بالزوج الثاني الحل الجديد للزوج الاول فيما يملكها بثلاث تطليقات (قوله وحينئذ يندفع الامر الاول) أقول فيه بحث

وسنبينها في باب العدة

صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك (قوله وسنبينها في العدة) قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير رائجة لانه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها وأجاب بعضهم انه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد في عدة غير هذا الكتاب ومثل هذا مما يقضي العجب من تسطيره في الاوراق ممن هو من أهل العلم ولا توفيق الا بالله واذا لم يعرف بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح وذكر نبذة من الخلاف اختلاف العلماء في أقل ماتصدق اذا ادعت انقضاء العدة بالاقراء فقال أبو حنيفة لا تصدق في أقل من ستين يوما ان كانت حرة وقالا أقلها تسعة وثلاثون يوما وقال شريح لو ادعت ثلاث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة أهلها انها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها قال له علي رضي الله عنه قالون ومعناه بالرومية أحسنت ومذهب الشافعي رحمه الله انها اثنان وثلاثون ولحظتان ان وقع الطلاق في الطهر وسبعة وأربعون يوما ولحظة ان وقع في الحيض وقال أبو ثور سبعة وأربعون وقال مالك في الجواهر أربعون وقال اسحق بن راهويه وأبو عبيد ان كان لها اقراء معلومة تعرفها بطانة أهلها تصدق على ما شهد به والا لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر وقالت الحنابلة تسعة وعشرون يوما ان قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة عشر تزداد أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين يوما أحسن قول اسحق وأبي عبيد وهذا لان العادة ان الشهر الواحد لا يشتمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة اذا أخبرت بما دونه والمكذب عادة كالمكذب حقيقة ألا ترى أن الوصي اذا قال أنفقت عليه مائة في يوم لا يصدق وان احتمل صدقه بان تكرر هلاك المشترى في اليوم أولا يرى ان الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الاقراء في الآيسة والصغيرة قدر العدة بثلاثة أشهر فقال تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر بخلاف ما اذا أشهد بما دون العادة فانه حينئذ يثبت ان هذا من النادر وهذا هو المذكور في وجه قول أبي حنيفة رأيت ان قول اسحق ومن معه أولى به فان لم يؤخذ بهذا ينبغي ان لا يعدل عن قول أبي حنيفة وتخريجه على قول محمد ان يجعل مطلقا في أول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج الى ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوما كل طهر بخمسة عشر وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذا بالوسط فيه وعلى قول الحسن بن زياد أن يجعل مطلقا في آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج الى ثلاث حيض بثلاثين يوما اعتبارا للاكثر وطهرين بثلاثين يوما ثم يحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فاقل ماتصدق فيه خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى تخريج محمد أقله أربعون يوما الطهر الذي وقع الطلاق في أوله والمتخلل ثلاثون وحيضتان بعشرة وتخريج قولهما أن يجعل مطلقا في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتبار الاقله ثم يحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت أمة فاقل ماتصدق فيه احد وعشرون يوما حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوما ومثله للثاني وزيادة طهر يعني اذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد أن يتزوجها لا يجوز حتى يحتسب مع المدتين طهرا آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر لان الزوج الثاني اذا جعل مطلقا في آخره والغرض ان عدة الاول انقضت باول

(قوله وسنبينها في باب العدة) وعد ولم يذكرها في باب العدة وأدنى هذه المدة عند أبي حنيفة رحمه الله شهران ان أقرت بالمضي بالاقراء وعندهما تسعة وثلاثون يوما كانه طلقها في آخر الطهر وحيضها ثلاثة وطهرها خمسة عشر يوما فتمضي عدتها بطهرين بثلاثين يوما وثلاثة أقراء تسعة أيام للامكان * وقيل على قياس قول أبي يوسف رحمه الله تصدق في سبعة وثلاثين يوما ونصف وأربع ساعات لان أقل الحيض عنده يومان وأكثر اليوم الثالث فيجعل كل حيض يومين ونصف يوم وساعة فذلك سبعة ونصف وثلث سلميات ٧ وساعة للاخبار والاغتسال * ولابي حنيفة رحمه الله على ماذكره محمد رحمه الله أن يجعل كانه طلقها في أول الطهر

وقوله (وسنبينها في باب العدة) قال في النهاية وقعت هذه الحوالة حوالة غير رابحة لانه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى أما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة فكان ينبغي أن يقول وعد غير منجز وأما المعنى فلانه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزا في باب العدة من كتاب آخر وأقول الاول ظاهر والثاني خلاف الظاهر والله أعلم

النكاح أربعة أنواع الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فيبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج فى وقته ثم أدنى درجة منه فى الاباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجىء وكان أدنى منه فى الاباحة وهو فى اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يولى ايلاء اذا حلف وفى الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعى وهو عدم الموافقة وهما متشابهان فى أن الابانة فيهما مؤقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعى لان التدارك فيه لا يستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلاء لما أن التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعى وشرطه أن يكون صادرا من أهل الطلاق عند أبى حنيفة أو من أهل وجوب الكفارة عندهما فى منكوحته فى مدة أربعة أشهر فصاعدا وركنه أن يقول والله لا أقربك أربعة أشهر ونحوه أو يقول ان قربتك فعبدى حر وأمثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان فى الاول ولزوم الجزاء فى الثانى ووقوع تطليقة بائنة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبر فيه شئ ومن هذا قيل المولى هو من لا يخلو عن أحد المكروهين

(باب الايلاء)

الطهر لزم ما قلنا ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق فى أقل من خمسة وثمانين يوما فى قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق فى أقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران بستين وهذا لان المرئى فى مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده وكون ما بعده حيضا موقوف على تقدم طهر تام وهو ما قلنا هذا فى حق الزوج الاول ثم يحتاج فى الثانى الى ستين على ما عرف على التخريجين وعند أبى يوسف تصدق فى حق الاول فى خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر بأحد عشر يوما عنده لان مدته أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعد هذا بثلاث حيض وثلاثة أطهار ويحتاج فى حق الثانى الى ثلاث وثلاثة أيضا وعند محمد تصدق فى أربعة وخمسين يوما وساعة لانه لا غاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وطهران ويحتاج فى حق الزوج الثانى الى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة أطهار هذا فى حق الحرة وأما فى حق الامة فتخريجه على المذاهب غير خاف والله الموفق *(باب الايلاء)*

تحريم الزوجة بأربعة طرق الطلاق والايلاء واللعان والظهار فبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح فى وقته ثم أولاه الايلاء لانه أقرب اليه فى الاباحة لانه من حيث هو يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم لمنع حقها فى الوطء والتحقيق ان تحريمها ليس الا بالطلاق فى الحال أو الى انقضاء العدة غير أن ثبوته بأسباب الاصل والاشهر منها الابتداء به تنجيزا أو تعليقا فقدم ثم أولى الايلاء لانه لا يلزمه به المعصية اذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس بخلاف الظهار واللعان فانهما لا ينفكان عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لانه أيضا لا يستلزمها الجواز أن تسأله لا لنشوز بل لقصد التخلى للعبادة أو العجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره وانما قدم الايلاء عليه مع اشتراكهما فى عدم استلزام المعصية والانفكاك عنها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والايلاء لغة اليمين والجمع الالايا قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه * وان بدرت منه الالية برت

وفعله آلى يولى ايلاء كتصريف أعطى وفى الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان وهو أولى من قوله فى الكنز الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر لان مجرد الحلف يتحقق فى نحو قوله ان وطئتك فلله على ان أصلى ركعتين أو أغزو ولا يكون بذلك موليا لانه ليس مما يشق فى نفسه وان تعلق شقاقه بعارض ذميم فى النفس من الجبن والكسل بخلاف ان وطئتك فعلى حج أو

تفاديا عن ايقاع الطلاق فى الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لا كثره وحيضها خمسة أيام لان أقله وأكثره نادر فاعتبرنا الوسط فثلاثة أطهار تكون خمسة وأربعين يوما وثلاث حيض تكون خمسة عشر يوما فذا ستون يوما * وعلى ما روى الحسن عنه أن يجعل كانه طلقها فى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها بأقل المدة قدرنا حيضها بالاكثر ليعتدلا فطهران ثلاثون وثلاث حيض ثلاثون فذا ستون ولا معنى لما قالا لان الامين انما يقبل قوله اذا لم تكذبه العادة وأما اذا كذبته العادة فلا لان المكذب عادة كالمكذب حقيقة ألا ترى أن الوصى اذا قال أنفقت فى يوم مائة درهم على الصبى لا يصدق وان كان محتملا بان يشترى له نفقة فتسرق ثم فتحرق ثم فتغرق ثم ثم لكونه نادرا ولا احتمال لتصديقها فى تلك المدة الا بعد أمور نادرة أن يكون الايقاع فى آخر أجزاء الطهر وحيضها أقل مدة الحيض وطهرها كذلك وأن لا تؤخر الاخبار عن ساعة الانقضاء وان كانت أمة فعندهما تصدق فى أحد وعشرين يوما وساعة للحيضتين وخمسة عشر للطهر * وعنده فى رواية محمد رحمه الله فى اربعين يوما كانه طلقها فى أول الطهر فطهران ثلاثون وقرآن عشرة * وعلى رواية الحسن فى خمسة وثلاثين فقرآن عشرون والطهر خمسة عشر والله تعالى أعلم بالصواب *(باب الايلاء)*

(واذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر

(قوله واذا قال الرجل لامرأته) أقول أى الغير الحائضة (قوله أو قال والله الخ) أقول يعنى لامرأته سواء كانت حائضة أو طاهرة

صيام أو صدقة فالمولى حينئذ من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه وهو أولى من قولهم من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصوره عن نحو ان قربتك فعبده حر أو فلانة طالق وأما ركنه فهو الحلف المذكور وشرطه محلية المرأة وأهلية الحالف وعدم النقص عن أربعة أشهر والاول بالزوجية والثانى بأهلية الطلاق عنده وعندهما بأهلية الكفارة فيصح ايلاء الذمى عنده بما فيه كفارة نحو والله لا أقربك فان قربها لا تلزمه كفارة وان مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما أما لو آلى بما هو قربة كان قربتك فعلى حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما لا يلزم قربة كان قربتك فعبدى حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بتقدير البر وألفاظه صريح وكناية فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فلو ادعى انه لم يعن الجماع لم يدين فى القضاء والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لاغيظنك لاسوأنك لا أدخل عليك لا أجمع رأسى ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا يكون ايلاء بلا نية ويدين فى القضاء وقيل الصريح لفظان لا أجامعك لا أنيكك وهذه كنايات تجرى مجرى الصريح والاولى الاول لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا الا بالحقيقة والا لوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثانى ما ذكر وفى البدائع الافتضاض فى البكر يجرى مجرى الصريح والدنو كناية وكذا لا أبيت معك فى فراش وبخالفه ما فى المنتقى لا أنام معك ايلاء بلا نية وكذا لا أمس فرجى فرجك فى الذخيرة وفى جوامع الفقه ما يخالفه قال لا يمس جلدى جلدك لا يصير موليا لانه يمكن أن يلف ذكره بشئ وفى المرغينانى يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة الى النية وهو فرع أن يراد به ذلك ولا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفى التحفة لو قال أنا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب فى الشرع وان عنى به الايجاب فهو مول فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه أوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال أنت على مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لانه شبهها بها فى اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا ولقائل أن يقول الايلاء الحلف الخ وقوله أنت على مثل امرأة فلان أو أنا مول ليس فيه صيغة حلف انشائية ولا تعليقية لان معنى الحلف قوله والله لا أقربك ونحوه أو ان قربتك وليس قوله أنت مثلها اياه ولا محققا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولاحقا الا أن هذا جواب الرواية صرح به الحاكم أبو الفضل فى مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال لاخرى أشركتك فى ايلاء هذه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلى يمين أو كفارة يمين فهو مول والجواب أن قوله أنا منك مول معناه أنا منك حالف ومعلوم ان انعقاد اليمين بقوله احلف فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله أنا حالف وكذا التشبيه المذكور يؤل اليه ولو قال لا وطئتك فى الدبر أو فيما دون الفرج لم يصر موليا خلافا لمالك رحمه الله ولو قال لا جامعتك الا جماع سوء سئل عن نيته فان قال أردت الوطء فى الدبر صار موليا وان قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على نحو التقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم تكن له نية

هو فى اللغة الحلف من آلى أى حلف يؤلى ايلاء من الالية وهى الحلف قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه * وان بدرت منه الالية برت

وفى الشرع عبارة عن الحلف عن ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر أو أكثر وركنه والله لا أقربك ونحوه وشرطه كون اليمين معقودة على منع وطء المنكوحة وأهله من هو أهل للطلاق عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما من هو أهل للكفارة * وسببه ما هو السبب فى الطلاق الرجعى لما أن الابانة فيه مؤقتة الى وقت وههنا أيضا مؤقتة الى وقت * والسبب الداعى هناك عدم الموافقة والتدارك فى الطلاق الرجعى غير

فهومول) لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية (فان وطئها فى الاربعة الاشهر حنث فى يمينه ولزمته الكفارة) لان الكفارة موجب الحنث (وسقط الايلاء) لان اليمين ترتفع بالحنث (وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) وقال الشافعى تبين بتفريق القاضى لانه مانع حقها فى الجماع فينوب القاضى منابه فى التسريح

وان قال أردت دون ذلك فهومول (قوله ولزمته الكفارة) ليس حكم المولى مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المولى المذكور فى قوله اذا قال الرجل والله الخ لما ستعرف ان المولى قد لا يكون حكمه الكفارة بذلك التقدير وقال الشافعى رحمه الله فى القديم لا كفارة فى خصوص هذا الحنث لانه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفىء والمراد الجماع لانه فى الاصل الرجوع وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وقوله الجديد كقولنا لان وعد المغفرة بسبب الفيئة التى هى مثل التوبة لا ينافى الزام الكفارة بل ثبت فى الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوى والاخروى أعنى المغفرة وسقوط الكفارة وثبوت أحدهما مع نقيض الآخر مستمر فى كل حلف على معصية اذا حنث الحالف فيها توبة فان التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها انما الا اطلاق قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى الصحيح من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير وهو قول الاربعة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه قال قتادة خالف الحسن الناس (قوله وسقط الايلاء) باجماع العلماء على معنى انه لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق آخر لان اليمين تنحل بالحنث (قوله وقال الشافعى تبين بتفريق القاضى) لم يقل الشافعى تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه أو الحاكم وبه قال مالك وأحمد ورجح بان الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة الا الثابت بالنص والجواب منع كناية الكبرى وتقدم وجه دفعه فى الكنايات غير انه يستدعى سببا والسبب هنا انه وقع للتخلص من الظلم والرجعى لا يفيد ذلك لانه بسبيل من ان يردها الى عصمته ويعيد الايلاء فتعين البائن لتملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع ورود الآثار فى ذلك كما ستقف على انتهاضها باثباته ثم الخلاف فى موضعين أحدهما ان الفىء عنده يكون قبل مضى المدة ويكون بعدها وعند مضيها يوقف الى ان يفىء أو يطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفىء بعد المدة وعندنا الفىء فى المدة لا غير والجواب ان الفاء لتعقيب المعنى فى الزمان فى عطف المفرد كجاء زيد فعمرو وتدخل الجمل لتفصيل مجمل قبلها وغيره فان كانت للاول نحو فقد سألوا موسى أكبر من ذلك فقالوا أرنا الله جهرة ونادى نوح ربه فقال رب ان ابنى من أهلى ونحو توضأ فغسل وجهه ويديه ورجليه ومسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب بل التعقيب الذكرى بان ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغيره فكالاول كجاء زيد فقام عمرو وكل من التعقيبين جائز الارادة فى الآية المعنوى بالنسبة الى الايلاء فان فاؤا أى بعد الايلاء والذكرى فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم أن يتربصن أربعة أشهر من غير بينونة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال فى الامرين فقوله تعالى فان فاؤا الى قوله سميع عليم واقع بهذا المعرض فيصح كون المرادفان فاؤا أى رجعوا عما استمروا عليه بالوطء فى المدة تعقيبا على الايلاء التعقيب الذكرى أو بعدها تعقيبا على التربص فان الله غفور لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد

مستعقب مكروها وهنا يعقب مكروها لكن لا ينقص عدد الطلاق وحكمه المتعلق بالبر وقوع الطلاق عند مضى أربعة أشهر والحكم المتعلق بالحنث الكفارة ان كان يمينا بالله تعالى وان كان يمينا بغيره فما جعل جزاء على الحنث (قوله فهومول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم الآية) والتمسك بالآية لبيان شرعية الايلاء وابيان انه اذا حلف على ترك وطئها أربعة أشهر فهومول فان وطئها فى الاربعة الاشهر حنث فى يمينه ولزمته الكفارة وعند الشافعى رحمه الله يحنث فى يمينه ولا تلزمه الكفارة لان الله تعالى وعد المغفرة وبعد ما صار مغفورا له لا تجب عليه الكفارة لما ان الكفارة للستر قلنا وعد المغفرة فى الآخرة ومع

فهومول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فان وطئها فى الاربعة الاشهر حنث فى يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وقال الشافعى لا تلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة والمغفور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة فى الآخرة وذلك لا ينافى وجوب الكفارة فى الدنيا (وسقط الايلاء) على معنى انه لو مضت أربعة أشهر لا يقع الطلاق (لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة) لان معنى الايلاء عندنا ان مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فانت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعى لا تقع الفرقة بمضى المدة ولكنه توقف بعد المدة على ان يفىء اليها أو يفارقها فان أبى ان يفعل (تبين بتفريق القاضى) بينهما وكان التفريق تطليقة بائنة (لانه مانع حقها فى الجماع فينوب القاضى منابه فى التسريح

(قوله وقال الشافعى) أقول فى القديم

(كما فى الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها) وهو الوطء فى المدة (فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة) تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعى فوقع بائنا (وهو المأثور عن عثمان (٤٣) وعلى والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت)

كما فى الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلى والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا

العقاب على ذلك بسبب الفيئة التى هى توبة أو غفور للحنث فى اليمين ان كان برضاها الغرض تحصين ولدعن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه فنظرنا فاذا قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن ترجح أحد الجائزين وهو كون الفىء فى المدة أما باعتبار أن الاصل توافق القراءتين شاذتين كانتا أو احداهما شاذة فتنزل تفسيرا للمراد بالاخرى وأما باعتبار انه استقل باثبات كونه فى المدة اذ لا تعارض القراءة المشهورة لانها أعم من كونه فيها أو بعدها بناء على انها حجة عندنا وان أبى الخصم ورد المختلف الى المختلف يتم اذا أثبت الاصل ولا شك ان القراءة الشاذة انما يقرؤها الراوى خبرا عن صاحب الوحى قرآنا فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية أخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم فدار الامر بين كونها قرآنا أو خبرا عن صاحب الوحى وذلك دائر بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المفاد بها جواز الفىء فى المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام فى أن له ان يفىء بعدها وتنحل يمينه اذا لم يفئ فيها أولا بل بمجرد مضيها وقع الطلاق فلا يتمكن من الفىء أثبتناه والقراءة المذكورة لا تنفيه قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الايلاء على هذه القراءة ان يفىء فى المدة أو يثبت الطلاق بتطليقه أو تطليق القاضى على الخلاف هذا هو المفاد بقوله تعالى فان فاؤا فيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على ما عرف من التأويل لان الترديد مأخوذ فى كل قسم منه نقيض الآخر أى وان عزموا الطلاق فلم يفيؤا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة أن لا فىء الا فى المدة الثانى ان بمضى المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لا يكون الا بطلاقه أو بطلاق القاضى لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضى المدة لم يتصور العزم عليه ولان النص يشير الى انه مسموع وهو قوله فان الله سميع عليم والوجه الذى ذكره المصنف وحاصله الحاق المولى بالعنين فى حكم هو الزامه بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه بجامع أنه امتنع عن الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان والا كان موقعا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتصور العزم عليه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم فمعنى فان عزموا الطلاق فان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضى المدة فان الله سميع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان عليم بما استمروا عليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك واندرج فى هذا جواب الثانى وعن الاخير بان العنين ليس بظالم فناسبه التخفيف عليه ولذا كان أجله أكثر والمولى ظالم بمنع حقها فجازى بوقوعه بنفس الانقضاء ولا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالايلاء موقع فقد كان فى الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع مؤجلا أو نقول جاز أن يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق انما هى رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ولفظ أنت طالق الآلة التى يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ ألا يرى انه حكم بثبوته عند

ذلك وجبت الكفارة للحنث فى اليمين قال الله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية كذا فى المبسوط (قوله ولنا انه ظلمها بمنع حقها) فى الجماع فان قيل لو كان الجماع حقها كان لها ولاية المطالبة وليس لها ذلك بعد ما وطئها الزوج مرة قلنا ان لم يكن مستحقا عليه حكما فهو مستحق عليه ديانة ويدل عليه ما ذكر الامام قاضيخان رحمة الله تعالى عليه فى باب العنين من الجامع الصغير ان الزوج اذا وطئها مرة ثم

وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعند المحدثين هم أربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود واعترض بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة وأما اذا وطئها فقد سقط حقها وأجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة فى القضاء وأما فى الديانة فلم يسقط وكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق بمنعه حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم أن لا يحكم القاضى بوقوعه لانه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك (ولان الايلاء كان طلاقا

(قوله وأجيب بان حقها سقط بالجماع الخ) أقول والظاهر ان لها حقا فى الجماع فى كل أربعة أشهر مرة لا أقل يؤيده قصة عمر رضى الله عنه حين سمع من تلك المرأة ما سمع فسأل حفصة رضى الله عنها كم تصبر المرأة عن زوجها الخ على ما فصل فى الغاية (قوله وفيه نظر لانه يستلزم أن لا يحكم القاضى بوقوعه)

أقول كيف لا يحكم وقد وقع الطلاق بلفظه السابق حين آلى لمنع حقها ديانة فان الطلاق لا يختص بالديانة غايته انه يترتب على ما يتعلق لها ثم يرد على الشافعى لان المفرق عنده هو القاضى فليتامل والتفصيل فى شرح الزيلعى وغيره ويفهم ذلك من قول الشارح أيضا لان معنى الايلاء عندنا الخ تامل

في الجاهلية فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة

كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا بعد أن يحكم به عند ظلمه بمنعه حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون ظالما بذلك وهو يوطئه واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم لانا نقول ذلك في الحكم فاما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه أن يجامعها أحيانا بالعفها فان أبى كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك لكن بقي أن يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه لكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا فان الآية وان صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود لما أفادت ان لا فيء بعد المدة لزم انتفاء قولكم من الزامكم باحد الامرين من الفيء أو الطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والا لزم احداث قول ثالث وهو الزامه بعد المدة بامر واحد وهو الطلاق وهذا التقرير هو محمل استدلال المصنف حيث قال ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة والا فظاهره انه مصادرة لانه استدلال بعين محل النزاع كأنه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان القراءة مفسرة بكون الفيء في المدة بقراءة أخرى الى آخر ما ذكرنا واحتج أيضا بآثار وهي ما روى الدارقطني قال حدثنا أبو بكر الميموني قال ذكرت لاحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما سنذكره مما يوافق مذهبنا قال لا أدري ما هو قد روي عن عثمان خلافه قيل له من رواه قال حبيب بن أبي ثابت عن طاوس عن عثمان وما روى مالك في الموطا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق فان مضت الاربعة الاشهر توقف حتى يطلق أو يفيء وما روى البخاري عن ابن عمر بسنده انه كان يقول في الايلاء الذي سمى الله تعالى لا تحل بعد ذلك الاجل الا أن يمسك بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى وقال أي البخاري قال لي اسمعيل بن أبي أويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال اذا مضت أربعة أشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال أدركت بضعة عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول يوقف المولى وقال بعضهم روى سهيل بن أبي صالح عن أبيه قال سألت اثني عشر رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر قلنا الآثار الاربعة الاول معارضة أما الاول فبما روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ان عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهذا أولى لان سنده جيد موصول بخلاف ذاك فان حال رجاله لا يعرف الى حبيب وهو أيضا أعضله ولا يعلم ان طاوسا أخذ عن عثمان فهو منقطع وأما الثاني فبما أخرج عبد الرزاق أنبأنا معمر عن قتادة أن عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وكل منهما مرسل فان رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم مرسلة وكذا قتادة وهما متعاصران وتوفي قتادة سنة سبع عشرة أو ثمان عشرة ومائة على اختلاف الاقوال وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول وقال غير واحد سنة ثماني عشرة وقيل سنة أربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل ست عشرة فاعتدلا في هذا القدر ثم المثبت من اشتهار قتادة بعظم الحفظ والاتقان والمحافظة على الاداء كما سمع بعينه أكثر وأشهر من المثبت لمحمد قال عبد الرزاق عن معمر جاء رجل الى ابن سيرين فقال رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت عنها أعظم مما دخلت ورأيت حمامة أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت منها أصغر مما دخلت ورأيت أخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين أما التي خرجت أعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه

عجز بعد ذلك لا اختيار له الا ان ما هو المقصود وهو تأكد المهر والاحصان وغير ذلك يحصل بالواحدة وما زاد على

(فان

في الجاهلية) على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلاء أبدا (فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة) فلم يتصرف فيه الا بالتاجيل فلا يتوقف على تطليقه أو تفريق القاضي

(قوله فلم يتصرف فيه الا بالتاجيل فلا يتوقف على تطليقه أو تفريق القاضي) أقول وفيه تأمل

(فان كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين) لانها كانت مؤقتة به (وان كان حلف على الابد فاليمين

وأما التي خرجت أصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويسال وأما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس انتهى وفي تراجمه العجائب من حفظه وأما الثالث والرابع فبما أخرجه ابن ابي شيبة قال حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس وابن عمر انهما قالا اذا آلى فلم يفئ حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم أخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضا ولم يبق الا قول من قال بان أصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما الى آخر ما عرف وقدمنا في كتاب الصلاة انه تحكم محض لانه اذا كان الفرض ان المروي على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يفته الا كونه لم يكتب في خصوص أوراق معينة ولا أثر لذلك وقول البخاري أصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره غيره وقال المحققون ان ذلك يتعذر الحكم به وانما يمكن بالنسبة الى صحابي وبلد فيقال أصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه وعن أبي هريرة الزهري عن سعيد بن المسيب عنه وأصح أسانيد الشاميين الاوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة وأصح أسانيد اليمانيين معمر عن همام عن أبي هريرة ونحو ذلك وأحسن من هذا أيضا الوقوف على اقتحام هذه فان في خصوص الوارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك نعم قد يكون الراوي المعين أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له منه على معنى أكثر احاطة بافراد متونه وأعلم بعادته في تحديثه وعند تدليسه ان كان وبقصده عند ابهامه وارساله ممن لم يلازمه تلك الملازمة أما في فرد معين فرض ان غيره ممن هو مثله في ملكة النفس من الضبط أو ارفع سمعه منه فاتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر محفوظاته يكون ذلك مقدما عليه في روايته بمعارضه ما هو الا محض تحكم فان بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر الا بالملازمة وأثرها الذي يزيد به على الآخر انما هو بالنسبة الى مجموع متونه لا بالنسبة الى خصوص متن وحينئذ فناهيك بسعيد بن جبير وقد روي عن ابن عمر وابن عباس خلافه وأما رواية الشافعي عن سليمان فحاصلها أن قول جماعة من الصحابة كذلك وكذا ما ذكر عن سهيل ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال والفقه كما أسمعناك عمن ذكروا وكون من ذهب الى خلاف المروي عنهم أفقه وأعلى منصبا ونحن قد أخرجنا ما قلناه عن الاكابر مثل عثمان وعلي بناء على ترجيح ما عارضنا به وكذا عن زيد بن ثابت وهو من أكابرهم ممن أخذ ابن عباس رضي الله عنهم بركابه حين ركب وقال هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا وكذا عن ابن عباس فيما قدمنا وكذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخرج الدارقطني عن ابن اسحاق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يقول اذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهو أملك بردها ما دامت في عدتها وابن اسحق صرح فيه بالتحديث وأخرج عبد الرزاق حدثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبي قلابة قال آلى النعمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال اذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة وأخرج نحو مذهبنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول واخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وأبي سلمة وهذا ترجيح عام وهو ان كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجح على قول مخالفه لانه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع لانه خلاف ظاهر لفظ الآية فلولا انه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لانه سمع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع واندرج في هذا من روى عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل على انه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لاحد الفريقين أصلا (قوله وان كان حلف على الابد) هو أن يصرح بلفظ الابد أو يطلق

ذلك فهو مستحق عليه ديانة لا حكما (قوله فان كان حلف على الابد) بان قال والله لا أقربك ذكر الابد أو لم

وقوله (فان كان حلف) يعني اذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها فلا يخلو اما ان كان حلف على أربعة أشهر أو على الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان الثاني فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه أبو سهل الشرغي يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلاء قبل انقضاء عدتها لان الايلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر فكانه قال كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فهي طالق بائن ألا ترى أنه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر بانت فدل أنه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما ذكر في الكتاب

(فان عادفتزوجها) بعد البينونة بمضى أربعة أشهر بعد انقضاء عدتها (عاد الايلاء فان وطئها) فى المدة (والا وقعت تطليقة أخرى بمضى أربعة أشهر أخرى لان اليمين باقية لاطلاقها و بالتزوج حدث حقها فيتحقق الظلم) فيزال بالطلاق البائن وقوله (و يعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج) قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لامن وقت التزوج كذاذكره التمرتاشى (فان تزوجها ثانيا) وفى بعض النسخ ثالثا ولكل وجه أما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء وأما الثانى فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء والاول أظهر (عاد الايلاء ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى ان لم يقربها لما بينا) ان اليمين باقية لاطلاقها و بالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق (فان وطئها كفر عن يمينه) أما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا أنه بمنزلة التعليق بعدم القربان وتعليق الطلاق ينحصر فى طلاق ذلك الملك الذى حصل فيه التعليق (وهى فرع مسئلة التنجيز الخلافية)

باقية) لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة (فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضى أربعة أشهر تطليقة أخرى) لان اليمين باقية لاطلاقها و بالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم و يعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج (فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى ان لم يقربها) لما بيناه (فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق) لتقيده بطلاق هذا الملك وهى فرع مسئلة التنجيز الخلافية

فيقول لا أقربك مقتصرا الا أن تكون حائضا فليس بمول أصلا لانه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع الى اليمين وكذا الا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل فى سم الخياط يكون موليا (قوله الا أنه لا يتكرر) استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر فانه يتبادر منه أن يقع أخرى عند مضى أربعة أشهر أخرى اذا كانت لم تنقض عدتها بعد وبه قال أبو سهل الشرغى وعليه مشى المرغينانى وصاحب المحيط لان حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فانت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا اذا صرح بلزومه والمختار قول الكرخى انه لا يقع الا اذا تزوجها وعليه مشى فى البدائع وتحفة الفقهاء وشرحى الاسبيجابى والجامع لان وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق فى الاول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد ايلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضى الاشهر جزاء الظلمه وليس للمبانة حق الوطء فلا ينعقد الايلاء ثانيا ابتداء فى حقها فلا يلزم حكم البر فيه بخلاف مالو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها تنجيزا ثم مضت مدة الايلاء وهى فى العدة حيث تقع الثانية لصحة الايلاء لصدوره فى حال يتحقق به ظلمه فيكون اذا صح بمنزلة تعليق البائن والبائن المعلق يلحق البائن المنجز فى العدة على ما أسلفناه فى ذيل الكنايات وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبى سهل انه كقوله كلما مضت أربعة أشهر فانت طالق وذلك لان قوله والله لا أقربك أربعة أشهر انما صار بمنزلة قوله اذا مضت أربعة أشهر فانت طالق اذا انعقد ايلاء شرعيا مستعقبا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر وانعقاده ايلاء انما يكون حال كونه ظالما لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن ظالما كان الثابت مجرد اليمين على ترك قربانها وهو أعم من الايلاء فلا يستلزمه فيبقى يمينا دون ايلاء فلا يصير كقوله كلما مضت أربعة أشهر فانت طالق فيوفر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء كما لو قال لاجنبية والله لا أقربك أبدا ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت أربعة أشهر لا تطلق ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ولذا قلنا اذا تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرر النكاح فى الايلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء (قوله و يعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج) اطلق فى ذلك وكذا فى الكافى وقيده فى النهاية والغاية تبعا للتمرتاشى والمرغينانى بما اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فاما ان كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق ومثله لو آلى من زوجته مؤبدا ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الايلاء فان مضت له أربعة أشهر وهى فى العدة وقعت عليها طلقة وان مضت بعد انقضائها لا يقع شئ فان تزوجها بعد الانقضاء عاد الايلاء و يعتبر ابتداؤه من وقت التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله فلو تزوجها فى العدة احتسب به قال فى شرح الكنز وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه انتهى فالاولى اعتبار الاطلاق كما فى الهداية (قوله لتقيده بطلاق هذا الملك) لان الغرض منه المنع وذا انما يحصل ببطلان حل يخاف بطلانه ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديدا بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم على وزان ما قدمنا فى مسالة التنجيز وهو ما اذا علق طلاقها

يذكر (قوله الا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج) وذكر فى المبسوط اذا آلى من امرأته ايلاء مطلقا من غير أن يقيده بأربعة أشهر فبانت بمضى أربعة أشهر هل ينعقد مرة أخرى قبل أن يزوجها أم لا كان أبو سهل الشرغى يقول ينعقد حتى اذا تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدتها وقعت تطليقة أخرى وكذلك الثالثة قال لان معنى الايلاء كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فانت طالق تطليقة بائنة ولو صرح بها

(وقد

فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر (وقد مر من قبل) أى فى باب الايمان فى الطلاق قال فى المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شئ منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها وكذا لو بانت بالايلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليا الا عند زفر وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لاطلاقها ووجود الحنث قال (فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) مثل أن يقول

والله لا أقربك شهرا وهو وضع المبسوط أو قال لا أقربك شهرين أو ثلاثة أشهر لم يكن موليا وقال ابن أبى ليلى هو مول ان ترك وطأها أربعة أشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول أبو حنيفة أولا فلما بلغه فتوى ابن عباس لا ايلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر أطلق الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضى ان من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم أوساعة يلزمه تربص أربعة أشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله فالجواب ان فتوى ابن عباس وقع فى المقدرات والرأى لا مدخل له فى المقدرات الشرعية فكان مسموعا ولم يرد عن أحد خلافه فجعل تفسيرا للنص لا تقييدا و تقريره والله أعلم للذين يؤلون من نسائهم أربعة أشهر تربص اربعة أشهر ترك الاول بدلالة

وقد مر من قبل واليمين باقية) لاطلاقها وعدم الحنث (فان وطئها كفر عن يمينه) لوجود الحنث (فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) لقول ابن عباس لا ايلاء فيما دون أربعة أشهر ولان الامتناع عن قربانها فى أكثر المدة بلا مانع

بالدخول مثلا ثم نجز الثلاث فتزوجت بغيره ثم أعادها فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فهذه فرع تلك وفيها خلاف زفر كتلك وكذا لو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء حتى لو مضت أربعة أشهر وهى فى العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر فى الايلاء المؤبد لا يعود الايلاء خلافا له ولو بانت بالايلاء مرة أو مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت اليه عادت بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف محمد وهى مبنية على مسئلة الهدم وقدمرت (قوله فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) وقال به الائمة الاربعة وأكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعية وقتادة وحماد وابن أبى ليلى واسحق يصير موليا فى قليل المدة وكثيرها فان تركها أربعة أشهر بانت بطلقة لاطلاق الآية فى ذلك فانه لم يقيد الايلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعدا بل خص بالاربعة مدة التربص وأطلق الحلف وكان أبو حنيفة أولا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس لما صح عنده فتواه بخلافه أخرج ابن أبى شيبة حدثنا على بن مسهر عن سعيد عن عامر الاحول عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما قال اذا آلى من امرأته شهرا أو شهرين أو ثلاثة مالم يبلغ الحد فليس بايلاء وأخرج البيهقى عنه قال كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك فوقت الله عز وجل أربعة أشهر فان كان أقل من أربعة أشهر فليس بايلاء وأخرج ابن أبى شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبى ولا شك ان ظاهر الآية كقول من قال بانه ايلاء والمعول عليه فى دفعه قول الصحابى وكبار التابعين ممن ذكرنا فان قول الصحابى فى مثله ظاهر فى السماع لكن يبقى فيه انه زيادة على النص اذ هو تقييد لاطلاق الحلف فى كونه ايلاء فلا يجوز الا أن يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذى ذكروه هو ان المولى من لا يقدر على القربان فى المدة الا بشئ يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر والا فنحن لا نقول به اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها ابها فاثبات كون الاقل أربعة أشهر به مصادرة (قوله لان الامتناع عن قربانها فى أكثر المدة بلا مانع الخ) قيل هو بناء على انه أراد بالاقل من أربعة أشهر

كان الحكم فيه ما بينا وكان الكرخى رحمه الله يقول لا تنعقد المدة الثانية مالم يتزوجها وهذا هو الاصح لان فى انعقاد اليمين ابتداء لا بد له من اعتبار معنى الاضرار وذلك لا يتصور بعد مالم يتزوجها لانه لاحق لها فى الجماع فلذلك لا تنعقد المدة الثالثة مالم يتزوجها (قوله فان حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا) وقال ابن أبى ليلى يكون موليا فان تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول أبو حنيفة رحمة الله تعالى عليه أولا فلما بلغته فتوى ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لا ايلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عنه (قوله ولان الامتناع عن قربانها فى أكثر المدة بلا مانع) هذا التعليل انما يستقيم على ما ذكر فى المبسوط واذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضى الشهر بغير شئ يلزمه فحينئذ يكون الامتناع فى أكثر المدة بلا مانع ولا يستقيم فيما اذا عقد يمينه على ثلاثة أشهر لان المانع يكون فى أكثر المدة حينئذ وقيل

الثانى فكان من باب الاكتفاء وقوله (ولان الامتناع عن قربانها) دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا فى مطلع هذا البحث وتقريره ان الامتناع عن قربانها أى عن قربان من آلى منها زوجها شهرا فى أكثر المدة وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وبمثله

(قوله بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق الخ) أقول قوله لان الايلاء تعليل لقوله بطل الخ (قوله فكان مسموعا) اقول اى محمولا على السماع

أى بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضى أربعة أشهر الحوالزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين فانه بمضى أربعة أشهر لا يقع شئ والضمير (٤٨) فى فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله و بمثله و يجوز أن يكون راجعا الى أكثر المدة ولو قال المصنف ولان الامتناع عن قربانها فى بعض المدة بدل فى أكثر المدة كان أشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره (ولو قال لها والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع) وهو الواو (فصار كجمعه بلفظ الجمع) كأنه قال والله لا اقربك أربعة اشهر فتكون يمينا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفى على حدة فلو قربها فى المدة لزمه كفارة واحدة (ولو مكث يوما او ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثانى ايجاب مبتدا) والاصل فى ذلك انه اذا لم يعد اسم الله تعالى فى المعطوف ولا حرف النفى ولم يمكث بينهما ساعة دخل حكم المعطوف فى حكم المعطوف عليه كما فى المسئلة الاولى واما اذا فات احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدا وعلى هذا فى المسئلة الثانية لا يكون موليا لفوات الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعادة اسم الله وحرف النفى فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين و بعد الثانية مضافا الى الاول بقوله بعد الشهرين الاولين اربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ويكون كلامه ولو

و بمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه (ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول) لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا) لان الثانى ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين و بعد الثانية أربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع

شهرا فان وضع المسئلة فى الاصل اذا حلف لا يقربها شهرا والا فالاقل من الاربعة لا يستلزم كون الامتناع الا فى بعض المدة مطلقا لا فى أكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر وقيل لفظ أكثر مقحم و بعد ذلك التقريب ظاهر وقيل أراد بالاكثر تمام المدة أربعة أشهر سماها أكثر لانها أكثر من المدة المحلوف عليها ولا اشكال حينئذ لان المانع غير موجود فى جميعها فى جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه فى الكافى قال وانما يصح ان لو قال فى أكثر المدتين انتهى و وجهه ان أفعل التفضيل يلزم فى اضافته الى شئ كونه بعض ما أضيف اليه ولذا امتنع يوسف أحسن اخوته وخواص البشر أفضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التى هى المراد بالاكثر بعض المدة المضاف اليها لاستحالة كون الاربعة بعض ما هو أقل منها فلزم فى صحته أن يقول أكثر المدتين يعنى المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء وهى أربعة أشهر مدتان والثانية أكثرها ولا اشكال فى انه لو قال فى بعض المدة كان أحسن وأسلم (قوله وشهرين بعد هذين الشهرين) الى آخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا فى حكم المسئلة الاولى بل قيد فى الثانية فقط ولفظ يوما فى الثانية ليس قيدا الا فرق بين مكثه يوما أو ساعة وقيل تكرر اليمين فى مجلس أو مجالس و بينهما أقل من يوم تجيز عند أبى حنيفة وأبى يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان أثبات المذهب نصوا على أن قوله والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكى فى قوله والله والله لا أفعل فذكروا ان ظاهر الرواية أنهما يمينان وفى نوادر ابن سماعة يمين واحدة وفى المنتقى جعل كونهما يمينين قياسا وكونهما يمينا واحدة استحسانا وفرع فى الدراية فى آخر الباب من غير أن يعزوه والله لا أقربك مرارا فى مجلس واحد تتعدد الكفارة وتطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضا قياسا وهو قول محمد و زفر و واحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال فى الثانية بعد يوم والله لا أقربك شهرين ولم يزد على ذلك لا يكون موليا أيضا لكن لا لما فى الكتاب بل لتداخل المدتين فتتأخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد أو بساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين فالحاصل من حلفيه الحلف على شهرين و يوم أو ساعة على حسب الفاصل والاصل فى جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا فى البر وكفارة فى الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء و يمينا كما قدمنا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر و يتحد الحنث وقلبه وتعدد البر بتعدد المدة لانه بتعدد الايلاء وهو بتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتعدد اليمين بتعدد اسم الله أو تكرار حرف لا داخلة على المدة ومن زاد السكوت لم يحتج اليه لان الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده فى

المراد بأكثر المدة أربعة أشهر وهو جميع مدة الايلاء وسماها أكثر لكونها أكثر من مدة حلف على ترك قربانها فاذا كان المراد به جميع المدة فلا شك ان المانع غير موجود فى جميع الصور التى دون تلك المدة وان وجود المانع فى البعض لانتفاء المجموع بانتفاء البعض وهو ضعيف اذ لو كان المراد به ذلك لقال فى أكثر المدتين (قوله و بمثله) أى و بمثل الحلف الذى انعقد على ما دون أربعة أشهر لا يثبت حكم الطلاق بمضى أربعة أشهر ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين أو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين كان موليا أما لو قال والله لا أقربك شهرين ومكث يوما أو ساعة ثم قال والله لا أقربك شهرين أو

(قوله و بمثله اى بمثل هذا الحلف) اقول والاظهر ارجاع الضمير الى الامتناع (قوله اربعة اشهر الا يوما) اقول فيه بحث

(ولو قال والله لا أقربك سنة الا يوما

التجريد عن أبى حنيفة رحمه الله اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثانى الاول لم يستقم فى اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم مثال تعددهما اذا جاء غد فوالله لا أقربك اذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك أما أنهما يمينان فلتعدد الذكر وأما أنهما ايلا آن فلتعدد المدة فان تركها أربعة أشهر من اليوم الاول بر فى الاولى و بانت فاذا مضى يوم آخر بر فى الثانية وطلقت أيضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان أطلق لزومهما فى الكافى ولو قربها فى الغد لزمته كفارة واحدة لان الغد لم ينعقد عليه الا يمين واحدة وتعدد الكفارة بتعدد اليمين ونظيره فى النوازل قال والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان وان كلمه بعد الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شئ عليه ومن تعددهما والله لا أقربك أربعة أشهر والله لا أقربك اربعة أشهر أخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر أخرى بعد هذه الاربعة الاشهر الا أنه تعدد بتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور فى قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية فى عدم تداخل المدتين أعنى قوله والله لا أقربك شهرين ثم بعد يوم قال والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان فلو قربها فى الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا فى الشهرين الآخرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد توارد شروح الهداية من النهاية وغاية البيان على الخطا عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها فى الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا فى الاربعة الثانية ولو كان أطلق فقال والله لا أقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا أقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل فى المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين باخرى اذا كانت فى العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف بخلاف ما مضى فى الكتاب فى تابيد اليمين فان الايلا آت هناك تنزل متعاقبة بواسطة تابيد اليمين الواحدة فجاء الخلاف فى انه هل ينعقد الايلاء الثانى فى العدة أولا ومن منعه قال لا يبتدأ الايلاء الا فى حال يكون بالمنع ظالما أما هنا فالايلا آت الثلاثة صرح بها فى حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ولو كان قاله مرتين فقط لم تقع الثالثة الا اذا تزوجها فيقع بحكم تابيد اليمين اذا مضت أربعة أشهر من وقت التزوج ومثال اتحادهما والله لا أقربك أربعة أشهر أو لا أقربك شهرين وشهرين وفى الكافى فى نظيره كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا أقربك فكلمتهما معا وليس للتقييد بذلك فائدة فان بتكليمهما معا لم تنحل اليمين بل لو كلمت أحدهما بعدهما ثبت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعدد البر فان علة التعدد فيما بعد هذه بعينها فى هذه ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها فى يوم ثم فى يوم آخر ثم فى يوم آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها أربعة أشهر من اليوم الاول بانت بتطليقة فاذا مضى يوم آخر بانت باخرى واذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة وفى هذا المثال نظر لان الحلف بالله وقع جزاء الشرط متكرر فيلزم تكرره ولا يشكل بانه لا حلف عند الشرط الثانى والثالث لانه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى والالزم ان لا حلف عند الشرط الاول أيضا ومع ذلك ثبت الحلف عنده ولعله اشتبه والله كلما دخلت لا أقربك بكلما دخلت فوالله لا أقربك وكذا لو قال كلما دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ان قربتك يتعدد برا وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بعضها واحدة بائنة ولا يتصور حنثه الا مرة واحدة لتعذر وقوع شئ آخر بعد الثلاث ونحوه كلما دخلت

شهرين بعد الشهرين الاولين أو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لم يكن موليا أما فيما مكث لم يتكامل مدة المنع وفيما أعاد فيه حرف النفى صار الثانى ايجابا آخر فصارا أجلين فتداخلا ألا ترى ان من قال يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف النفى صار ايجابا آخر وصارا اجلين وتداخلا كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين تنقضى بيومين لانه اعاد كلمة النفى فصار الثانى منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لان الوقت الواحد يصلح وقتا لايمان كثيرة فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى شهر واحد تنتهى الايمان كلها فكذلك ههنا اذا مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته فى مدة الايلاء بغير شئ يلزمه فلا يصير موليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لما لم يفرد مدة الثانية بنفى على حدة كان الكل مدة واحدة فكان موليا (ولو قال والله لأقربك سنة الا يوما

(قوله يلزمه بالقربان كفارتان) اقول فيه نظر اذ لا يعقل وجه لزوم الكفارتين فان لكل من اليمينين مدة على حدة لا تداخل بين مدتيهما حتى يلزم الكفارتان الا ان يراد بالقربان قربانان فى مدتى اليمينين فليتأمل فانه مع

بعده لا يساعده كلام ما فى الشروح (قوله فى مدة الايلاء) اقول اى اللغوى

لم يكن موليا خلافا لزفر هو يقول يصرف الاستثناء الى آخرها كما لو قال آجرت داري هذه سنة الا يوما فتمت مدة المنع ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر الا بشئ يلزمه) وهذا ليس يصادق على ما نحن فيه لانه يمكنه القربان اذ المستثنى يوم منكر) فما من

لم يكن موليا) خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر الا بشئ يلزمه وههنا يمكنه لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا) لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا) لانه يمكنه القربان من غير شئ يلزمه بالاخراج من الكوفة

فعبدي حر ان قربتك سواء ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين اذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال في المجموع اذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو ايلاء واحد في حكم البر حتى لو مضت أربعة أشهر من الغد طلقت وان قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر من غير ان يزيد لفظ أخرى او نحوه واعلم ان هذه خلافية وصورتها في الخلافيات لو قال والله لا أقربك والله لا أقربك والله لا أقربك في ثلاثة مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان في مجلس واحد فان أراد به التكرار فاليمين واحد والايلاء واحد وان لم ينو شيأ أو أراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى اذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى الا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد فلا يقع الا واحدة ويجب بالقربان ثلاث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الايلاء (قوله لم يكن موليا) أي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقي بعد يوم القربان أربعة أشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك القربان أربعة أشهر وقعت تطليقة (قوله اعتبارا بالاجارة) وهو ما اذا قال أجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا اذا قال في الصورة المذكورة سنة الا نقصان يوم يكون موليا صرفا له الى الآخر وبما اذا أجل الدين (قوله وههنا يمكنه) لان المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه أن يطأها قبل مضي أربعة أشهر من غير شئ يلزمه اعتبار اليوم الوطء اليوم المستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفي الحل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا تتعين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الآخر وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا أكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه في الحال منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء أيضا يكون من المغايظة (قوله صار موليا لسقوط الاستثناء) مع ان الباقي من السنة الثانية مدة الايلاء ولو أطلق بان قال لا أقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فاذا قربها صار موليا ولو قال سنة الا يوما أقربك فيه لا يكون موليا أبدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعا أبدا وكذا لو أطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت أربعة أشهر ولم يقربها فيها فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت أربعة أخرى لم يقربها فيها وقعت أخرى فاذا تزوجها فمضت أربعة أخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة أقل من أربعة أشهر (قوله ولو قال وهو بالبصرة) اذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه أو زمان معين وهو في غيرهما ان كان بينهما قدر

والله لا أكلم فلانا يوما ويومين فمدة المنع ثلاثة أيام ولو قال يوما ولا يومين يكون ايجابين فيتداخلان فمدة المنع يومان (قوله لان المستثنى يوم منكر) فلما كان منكرا كان ما من يوم يمر بعد يمينه الا ويمكنه أن يجعله

يوم يمر عليه بعد يمينه الا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شئ يلزمه ولا يجوز صرفه الى آخر السنة لانه معين فكان تغييرا لكلامه من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى آخر السنة لتصحيحه أي لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من غير شئ يلزمه بالاخراج من الكوفة) ولا يشكل بمن له أربع نسوة وقال والله لا يقربهن فانه يصير موليا منهن ان لم يقربهن جميعا أربعة أشهر بهن عندنا خلافا لزفر مع انه له أن يطأ كل واحدة منهن الى أن يأتي على الثلاث من غير شئ يلزمه لما أن الحنث لا يتعلق باجزاء المحلوف قبل أن يأتي بالكل كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الاربع له ان يدخل كل واحدة منها من غير حنث مالم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على أربع نسوة ينفي القربان موليا في الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شئ يلزمه لا يمنع صحة الايلاء (قال

لانه انما صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا أنه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث مالم يتم شرطه ولكن عند

(قال ولو حلف بحج أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده

أربعة أشهر كان موليا على ما فرع قاضيخان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة أربعة أشهر فقيوه باللسان ولم يعتبر امكان خروج كل منهما الى الآخر فيلتقيان في أقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر أن يكون بينهما ثمانية أشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وبينهما أقل من ثمانية أشهر لا يصير موليا لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في أقل من أربعة أشهر فيقربها وان كان بينهما أقل من ذلك لم يكن موليا عند الائمة الاربعة الا في رواية عن أحمد وهو قول ابن أبي ليلى فانه يكون موليا فان تركها أربعة أشهر بانت بطلقة وينبغي أن يصير موليا على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على أقل من أربعة أشهر كما قال ابن أبي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا أقربك الا في المحرم وهو في شوال أو حتى تفطمي ولدك والى مدة الفطام أقل من أربعة أشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هنالك من أن المولى من لا يمكنه القربان في الاربعة الاشهر الا بشئ يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هنالك ان هذا فرع كون أقل مدة ينعقد الايلاء بالحلف عليها أربعة أشهر وبالضرورة انهم لا يلتزمون ذلك الا أن يجعل هذا أصلا مهدا في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من أربعة أشهر بدليله من أقوال الصحابة فتعلل به الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم أورد على هذا الاصل لو قال والله لا أقربكن لاربع نسوة فانه مول فاذا تركهن في المدة طلقن ولو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شئ فثبت ان امكان القربان بغير شئ لا يمنع صحة الايلاء أجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون موليا منهن وعدم لزوم شئ لعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بادنى تامل (قوله ولو حلف بحج الخ) بان يقول ان قربتك فعلي حج أو عمرة أو صدقة أو صيام أو هدي أو اعتكاف أو يمين أو كفارة يمين أو فانت طالق أو هذه لزوجة أخرى أو فعبدي حر أو فعلي عتق لعبد مبهم فهو مول أما لو قال فعلي صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى أن يمضي ذلك ثم يطؤها بلا شئ يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول ونقل في الصلاة خلاف محمد فعنده يكون موليا لانها مما يلزم بالنذر وتقدم أول الباب ما يجاب به عنه ويجب صحة الايلاء فيما لو قال فعلي ما نتركعه ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة الغزو المذكورة أول الباب فان قلت ينبغي في الصلاة في بيت المقدس أن يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج قلنا نعم لو لزم من نذر الصلاة في بيت المقدس أن لا يسقط الا بالصلاة فيه لكن المذهب ان له أن يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف ولو قال فعلي أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم أو مالي هبة في المساكين لا يصح الا أن ينوي التصدق به ولو قال فكل مملوك أشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف وهو رواية عنهما وكذا لو قال فكل امرأة أتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف ولو قال كل امرأة أتزوجها من أهل الاسلام يصير موليا وعلى هذا لو قال لا أقربك حتى أعتق عبدي أو حتى أطلق فلانة أو حتى أطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لانه يمكنه القربان بلا شئ بان لا يشتري

اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير أن يلزمه شئ ثم لو صرفنا ذلك اليوم الى آخر السنة كان معينا وتغير كلامه من غير حاجة لا يجوز بخلاف الاجارة لانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين لان اليمين يصح مع الجهالة كما اذا قال والله لا أتزوج امرأة بخلاف ما لو قال بنقصان يوم فانه يكون موليا لان النقصان لا يكون

تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الاخيرة فقط بل بقربانهن جميعا وأما وقوع الطلاق في الايلاء فباعتبار البر وذلك انما يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا بمضي المدة كذا في النهاية قال (ولو حلف بحج أو بصوم) لما فرغ من بيان اليمين بالله في الايلاء شرع في بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بان يعلق قربانها بحج أو صوم أو صدقة أو طلاق أو عتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح

صاحب النهاية بان المعين الحال وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء أيضا يكون عن المغايظة انتهى وقال تاج الشريعة ونحن نقول في الفرق بين اليمينين ان الاستثناء لو انصرف الى آخر السنة يلزمه أحد المكروهين لانه اما أن يقربها فيلزمه الكفارة أو لا يقربها فيلزمه مكروه الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر ولا كذلك اليمين انتهى ولعل مراده انه لما تعارض جهتا المغايظة ولزوم أحد المكروهين يقتضي الاولى صرف اليوم الى آخر السنة ومقتضى الاخرى خلافه تساقطا فالعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير فليتامل (قوله لانه انما صار موليا مع امكان القربان الخ) أقول تعليل لقوله ولا يشكل بمن له أربع نسوة الخ

وقوله (البيع موهوم) يعني لان الاصل عدم مايحدث (فلا يمنع المانعية فيه) أي في الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يملك قربانها من غير أن يلزمه شئ فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء لانه صار بحال لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان جامعها بعد ماباعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت لوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل أن يبيعه سقط

وفيه خلاف أبي يوسف فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شئ وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع (وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا) لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية (ولو قال لاجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا)

عبدا ولا يتزوج و بتقديم الغاية قلنا لم يمكنه الابضر ولازم اذ اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به واعلم ان الاصل انه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى يخرج ياجوج وماجوج أو ينزل عيسى عليه الصلاة والسلام أو حتى يخرج الدجال أو الدابة فهو مول استحسانا بناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى أموت أو تموتي أو أقتلك أو تقتليني أو أبينك وان كانت توجد في المدة لكنها تصلح جزاء نحو حتى أعتق عبدي أو أطلق فلانة كان موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه (قوله وفيه خلاف أبي يوسف) أي في ثبوت الايلاء بالحلف بعتق عبده المعين فان ضمير فيه اعتق عبده وهو المعين لا المبهم فان تعليله لا يتم فيه (قوله البيع موهوم) أي غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشترين وقد لا يجد مشتريا في المدة فتمضي قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدور له وهو وان توقف على امتثالها أيضا لكن امتثالها واجب والوجوب طريق الوجود بخلاف امتثال المشتري واذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شئ ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الايلاء من وقت الملك ان لم يكن وطئها قبله فان كان وطئها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على الوطء بغير شئ وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها أو بانتها ثم تزوجها (قوله وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا) باتفاق الائمة الاربعة بخلافه من البائنة فان كانت من ذوات الاقراء فلاحتمال امتداد طهرها وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الايلاء ممتدا الى مابعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة وعلى قولنا من حيث انه لاحق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب أن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى و بعولتهن أحق بردهن والبعل الزوج حقيقة على ما أسلفناه في أول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها نص الايلاء ألا ترى انه يثبت الايلاء وان أسقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولد أو غيره فعلم ان التعليل بالظلم باعتبار بناء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينتفي كونها من نسائنا وقيل انما لم يكن موليا من البائنة لان الايلاء تعليق

الا من آخر المدة فان قيل اذا قال لغيره والله لا أكلمك سنة الا يوما فان اليوم المستثنى ينصرف الى آخر السنة قلنا الحامل على اليمين الغيظ انه قائم في الحال فيكون المنع من الكلام مرادا في الحال فلذلك صرف اليوم المستثنى الى الآخر (قوله وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا) لان الزوجية قائمة فان قيل الايلاء يتحقق باعتبار الظلم من الزوج بمنع حقها في الجماع ولا حق للمطلقة الرجعية في الجماع لا قضاء ولا ديانة حتى ان المستحب للزوج أن يراجعها بدون الجماع فلم يكن الزوج مانعا حقها فلا يكون ظالما فينبغي أن

الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موته من غير أن يلزمه شئ وقوله (وان آلى من المطلقة الرجعية) ظاهر واعترض بان الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج أن يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي أن لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء وأجاب العلامة شمس الائمة الكردري بان الحكم في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى و بعولتهن أحق بردهن والبعل هو الزوج وكانت المرأة من نسائه وكان الحكم المرتب على نساء الازواج بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية (ولو قال لاجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا

(قوله لان الاصل عدم مايحدث) أقول فيه بحث اذ الاخراج من الكوفة أيضا كذلك (قوله وأجاب العلامة شمس الائمة الكردري) لان أقول وهو أول من قرأ الهداية على المصنف رحمهما الله ثم أقول يستفاد هذا الجواب من كلام المصنف فالاظهر اسناد الاجابة الى المصنف كما هو

لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك (وان قربها كفر) لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه (ومدة ايلاء الامة شهران) لان هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة (وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع

طلاق بائن على مضي المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق يعني اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من أنه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا الحصر يقتضي انه لولا هذا صح الايلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلاء منها وهو عدم الزوجية فالاسناد اليه أولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة في محل واحد نقض الا لمانع فالحق ان الظلم حكمة ونفس الايلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما (قوله لان هذا الكلام في مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية) وهي كونها من نسائنا في الايلاء والظهار قال تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالايلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الايمان بالطلاق ان الاضافة الى سبب الملك صحيحة وكذا في الايلاء والظهار فاذا قال ان تزوجتك فوالله لا أقربك وقع صحيحا وكذا ان تزوجتك فانت علي كظهر أمي الا انه لا ينعقد الايلاء والظهار الا عقيب التزوج بها لانها اذ ذاك تصير محلا لا قبله ولان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها (قوله اذ اليمين منعقدة في حقه) أي في حق الوطء لان انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا ألا ترى انها تنعقد على ماهو معصية (قوله كمدة العدة) أي في الطلاق الرجعي فيتنصف بالرق لانه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رحمهما الله تستوي مدة ايلاء الحرة والامة والقياس على مدة العدة بجامع كونها تربصا هو أجل للبينونة كالعدة مدفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وأيضا تربص العدة للخطر وتعرف الفراغ وهو المؤثر وهو منتف في تربص الايلاء والاوجه الاستواء لعموم نص الايلاء لان الامة من نسائنا ولان ضرب الابلاء لعذر الزوج رفقا جريا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فاخرت عقوبته الدنيوية بظلمه الى انقضاء أربعة أشهر وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والامة (قوله وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع) لا فرق بين كون عدم العذر للمرض أو للجب كما أنه في حقها لا فرق بين كون المانع مرضها أو الرتق أو القرن ومن الناس من منع ايلاء المجبوب ومن الرتقاء والقرناء لانه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية ولان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو بالجب أو العنة أو كان أسيرا في دار الحرب أو لكونها ممتنعة أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضي بينهما لشهادة الطلاق الثلاث ففيؤه باللسان بان يقول فئت اليها أو رجعت

لا يترتب عليها جزاء الظلم قلنا شرعية الايلاء ثبتت بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وقوله تعالى و بعولتهن أحق بردهن والبعل هو الزوج فكانت المرأة هي الزوجة وفي المنصوص لا يعتبر المعنى (قوله اذ اليمين منعقدة) أي في حقه أي في حق الحنث لا في حق الطلاق وهذا لان الايلاء يمين تعلق ببرها الطلاق كانه قال ان لم أقربك أربعة أشهر فانت طالق بائنا فاذا قال ذلك لاجنبية فقد حلف بالطلاق في غير الملك ولم يضف الى سبب الملك فبطل ايجاب الطلاق وبقي يمينا مطلقا لان اليمين يعتمد بصورة البر حسا لا ملكا شرعيا ألا ترى انها تنعقد على الحرام والمعصية فينعقد هنا فاذا قربها لزمته الكفارة (قوله ومدة ايلاء الامة شهران) وقال الشافعي رحمه الله مدتها كمدة ايلاء الحرة وهذا يبتنى على أصل وهو ان عنده المدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء وعندنا شرعت أجلا للبينونة فشابهت مدة العدة فيتنصف بالرق لانه من حقوق النكاح كذا في الايضاح (قوله وان كان المولى مريضا الخ) فان قيل ينبغي أن لا يصح ايلاء المريض لان الحكم بوقوع الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر

لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية) اذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا (فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا فان قربها كفر) لتحقق الحنث (اذ اليمين منعقدة في حقه) أي في حق الحنث لان اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله وحرمته ألا ترى انه لو قال والله لا أشرب الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا (ومدة ايلاء الامة شهران) وقال الشافعي مدة ايلائها كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء (ولنا ان هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة) وقوله (وان كان المولى مريضا) هذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها انه آلى وهو صحيح وبقي بعد ايلائه صحيحا مقدارا يستطيع فيه أن يجامعها ثم مرض بعد ذلك وفيؤه بالجماع عندنا خلافا لزفر لان المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في أول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء جازله التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع

فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها فى الجماع والثانى انه آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض وفيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء عندنا (وقال الشافعى لافئ الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى لانه لو كان فيأ لكان حنثا) لان الفئ يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفئ باللسان لايعتبر فى أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك فى الآخر (ولنا انه آذاها بذكر

أو كانت بينهما مسافة لايقدران يصل اليها فى مدة الايلاء ففيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها فى مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء) وقال الشافعى لافئ الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى لانه لو كان فيأ لكان حنثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لايجازى بالطلاق (ولو قدر على

عما قالت أو راجعتها أو ارتجعتها أو أبطلت ايلاءها واختلف فى الحبس صحح الفئ باللسان بسببه فى البدائع وفى شرح الطحاوى لو آلى وهى مجنونة أو وهو محبوس أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر الا أن السلطان يمنعه أو العدو لايكون فيؤه باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم فى الكافى ووفق بحمل مافى الكافى وشرح الطحاوى على امكان الوصول الى السجن بان تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والحبس بحق لايعتبر فى الفئ باللسان وبظلم يعتبر وهل يكفى الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فيأ وقيل لا وهو أوجه ثم هذا ان كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضى أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فمكث قدر مايمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض أو بعد مسافة أو حبس أوجب أو أسر ونحو ذلك أو كان عاجزا حين آلى وزال العجز فى المدة لم يصح فيؤه باللسان خلافا لزفر فى غير الاخيرة فان العجز ثابت وهو المدار قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيؤه الا بايفاء حقها بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه فى الايلاء باذى اللسان ففيؤه الذى هو توبته بتطييب قلبها به لان التوبة على حسب الجناية ولو آلى ايلاء مؤبدا وهو مريض فبانت بمضى المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند أبى حنيفة ومحمد وصح عند أبى يوسف وهو الاصح على ماقالوا لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض وفى زمان الصحة هى مبانة لاحق لها فى الوطء فلا يعود حكم الايلاء فيه وهما يقولان ان ذلك بتقصير منه فانه كان عليه الفئ باللسان قبل مضى المدة ولا تبين ولو كان المانع شرعيا بان كان محرما والى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعدا فالفئ بالجماع وعند زفر باللسان وهو رواية عن أبى يوسف لان الاحرام مانع من الجماع شرعا فثبت العجز فكان فيؤه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقى وهو منتف وهذا لانه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله وقال الشافعى لافئ الا بالجماع واليه ذهب الطحاوى لانه لو كان فيأ لكان حنثا) وضعف هذا لايخفى على من له شمة لانه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فان أراد بقوله لو كان فيأ لكان حنثا ان الفئ لايكون الا بالجماع فلو كان فيأ لكان بالجماع فكان حنثا لزم صريح المصادرة والنص وهو قوله تعالى فان فاؤا الا يوجب تعيين

للحاجة الى دفع الظلم عنها لان الوقاع حق مستحق وبالامتناع بقوله والله لا أقربك يصير ظالما قلنا النص يقتضى صحة الايلاء من النساء مطلقا غير مقيد بوصف الصحة وفيما ذكر من التعليل ابطال حكم النص والتعليل بوجه يبطل حكم النص باطل لان الحكم فى موضع النص ثابت لا بالعلة ولان المرض قد يطول وقد يقصر فكان هو ظالما على تقدير أن يقصر مرضه من أربعة أشهر فان قيل اذا كان بينهما مسيرة أربعة أشهر يقدر على الفئ بالجماع بان يخرج هو اليها وتخرج هى اليه فيلتقيان فيما دون أربعة أشهر قلنا الزوج لا يقدر على ذلك بنفسه والقدرة بالغير غير معتبرة أما على أصل أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه فظاهر فان الاعمى لاتجب عليه الجمعة عنده وان وجد قائدا وأما عندهما ففيما نحن فيه لا يقدر الزوج على اكتساب سبب القدرة بخلاف مسئلة الجمعة (قوله لانه لو كان فيأ لكان حنثا) لان المتعلق بالفئ حكمان وجوب

المنع) لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها فى الجماع اذ لاحق لها فيه حينئذ وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان واذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيأ على هذا الوجه أن تجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لايتحقق بالفئ باللسان فان قيل اذا كان المولى مريضا وقت الايلاء وجب ان لايتحقق الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق فى الجماع اذ ذاك فالجواب مانقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكردرى وقد ذكره شمس الأئمة السرخسى فى أول كتاب البيوع والثالث انه آلى وهو مريض وقدر على الجماع فى المدة وفيؤه بالجماع سواء كان فاء اليها فى مرضه بالقول أو لم يفئ أما اذا لم يفئ فظاهر وكذلك اذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المولى اذا كان مريضا حال الايلاء

(قوله فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها فى الجماع) أقول وليس هذا كالمتيمم فى هذا الحكم فانه متسبب باختياره الجماع بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله اذ لاحق لها فيه) أقول لسقوطه بعذر رد وهو عدم قدرة الرجل أو عدم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء بعذر

لانسلم ان الاصل فى فيئه الجماع لما ذكرنا آنفا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر فعلى تقدير ان يقصر عن مدة الايلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها فى الجماع وتبين أن قصده فى الابتداء لم يكن

الجماع فى المدة بطل ذلك الفئ وصار فيؤه بالجماع) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف (واذا قال لامرأته أنت على حرام سئل عن نيته فان قال أردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق فى القضاء لانه يمين ظاهرا (وان قال أردت الطلاق فهى تطليقة بائنة الا أن ينوى الثلاث) وقد

كون الفئ الجماع لان معناه ان رجعوا عن عزمهم على ذلك الظلم وذلك يحصل بارضائها بالجماع وبارضائها بالقول ووعد الجماع عند عجزه وهى مشاهدة لعجزه ذلك فلا يتم ماقالاه والحق ان مذهب الشافعى ومالك وأحمد كقولنا ولو وطئها بعد الفئ باللسان فى مدة الايلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لان يمينه باقية فى حق الحنث وان بطلت فى حق الطلاق (قوله وصار فيؤه بالجماع) حتى لو لم يجامعها حتى مضت المدة وقع الطلاق وهذا لان المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الاصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم الخلف كالمتيمم اذا رأى الماء (قوله سئل عن نيته) هذا هو المذكور فى كتب محمد رحمه الله وهو جواب الرواية لان بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية وهو قول أبى بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصرى وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن على وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبى ليلى ومالك ان الحرام ثلاثة الا أن مالكا قال ينوى فى غير المدخولة ويروى عن على رضى الله عنه التوقف وفيه نحو احد عشر مذهبا غير ماذكرنا (قوله لانه نوى حقيقة كلامه) اذ حقيقته وصفها بالحرمة وهى موصوفة بالحل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق والشعبى فى التحريم انه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشئ وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف اليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف الى اليمين والجواب ان هذه حقيقة أولى فلا تنال الا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لايصدق فى القضاء قاله شمس الأئمة السرخسى بل فيما بينه وبين الله تعالى لانه يمين ظاهر الان تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا أيها النبى لم تحرم ماأحل الله لك الى أن قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فلا يصدق فى القضاء فى نيته خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ماعليه العمل والفتوى كما سنذكر والاول قول الحلوانى وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث (قوله الا أن ينوى الثلاث) ولا تصح نية الثنتين الا فى الامة خلافا لزفر والزهرى ومر فى الكنايات والتفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال أنت على

الكفارة وامتناع حكم الفرقة ثم الفئ باللسان لايعتبر فى أحد الحكمين وهو الكفارة فكذلك فى الحكم الآخر ولكنا نقول الكفارة تجب بالحنث والحنث لايتحقق بالفئ باللسان وعند العجز عن الفئ بالجماع فكان الفئ بالجماع أصلا وباللسان بدلا منه لان الفئ عبارة عن الرجوع واذا كان قادرا على الجماع فانما قصد الاضرار بمنع حقها فى الجماع ففيئه بالرجوع عن ذلك بان يجامعها واذا كان عاجزا عن الجماع فلم يكن قصده الاضرار بمنع حقها فى الجماع فانه لاحق لها فى الجماع فى هذه الحالة وانما قصد الاضرار بايحاشها بلسانه ففيئه بالرجوع عن ذلك بان يرضيها بلسانه لان التوبة بحسب الجناية ومذهبنا مروى عن على وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما كذا فى المبسوط (قوله قبل حصول المقصود بالخلف) وهذا لان المقصود من الفئ باللسان عدم ثبوت البينونة بمضى أربعة أشهر وذلك انما يترتب على مضى هذه المدة وقبل مضى هذه المدة اذا صح صار ظالما بمنع حقها فى الجماع فبطل الفئ باللسان للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل بالخلف لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة (قوله فان قال أردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه لان امرأته حلال له وقوله أنت على حرام

الا منع الحق بالجماع والاصل فى الفئ حينئذ الجماع ولكن فى اطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتامل (واذا قال لامرأته أنت على حرام سئل عن نيته) لانه يحتمل وجوها لايمتاز بعضها عن بعض الا بالارادة (فان قال أردت الكذب فهو كما قال) لايقع طلاق ولا يكون ايلاء ولا ظهارا (لانه نوى حقيقة كلامه) لان المرأة كانت حلالا له فقوله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف اليه ولا ينصرف الى غيره الا بقرينة أو نية لان الحقيقة لاتحتاج الى شئ من ذلك (وقيل لايصدق فى القضاء) ذكر الطحاوى والكرخى فى مختصريهما ان القاضى لايصدقه فى ابطال الايلاء (لانه يمين ظاهرا) لكونه تحريم الحلال كما ذكره (وان قال أردت الطلاق) فان لم ينو شيأ من العدد أو نوى واحدة أو ثنتين (فهى واحدة بائنة وان نوى الثلاث فثلاث) لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها

(قوله لانسلم ان الاصل فى فيئه الجماع) أقول يمكن أن يستدل على المقدمة الممنوعة بقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم فان وعد المغفرة انما يكون اذا حنث وذلك بالجماع فانهم اتفقوا على ان وعد المغفرة على الفئ لا الايلاء كما سبق

(وان قال أردت الظهار فهو ظهار فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ليس بظهار) نقله شمس الائمة السرخسى عن النوادر لمحمد ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا (ولهما أنه أطلق الحرمة) وهى تحتمل

أنواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق (وان قال أردت التحريم أولم أرد شيا فهو يمين يصير به موليا) فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالايلاء أما اذا أراد التحريم (فلان الاصل فى تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا) لقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم وأما اذا لم يرد شيا فلان الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات لان فى الايلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفى الظهار ليس كذلك ولان الحرمة فى الايلاء لا تثبت فى الحال مالم تنقض أربعة أشهر وفى الظهار تثبت فى الحال واذا أريد به الطلاق وقع بائنا ويحرم الوطء والايلاء لا يحرم الوطء فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات تعينت لتيقنها وسيجىء الكلام فيه فى الايمان ان شاء الله تعالى (ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق بدون النية) قال أبو بكر الاسكاف وأبو جعفر الهندوانى وأبو بكر بن سعيد قال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس فى زماننا هذا أنهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله أعلم

*(باب

ذكرناه فى الكنايات (وان قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه أطلق الحرمة وفى الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وان قال أردت التحريم أولم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا) لان الاصل فى تحريم الحلال انما هو يمين عندنا وسنذكره فى الايمان ان شاء الله ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله أعلم بالصواب

حرام ونوى ثنتين لم يقع شئ ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان فكملت الثلاث (قوله وان قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف كذا ذكره القدورى وليس مذكورا فى ظاهر الرواية ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد فى مختصره ولا الطحاوى وانما نقله شمس الائمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد وجه قوله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو منتف وفى جوامع الفقه نقل عن محمد انه ظهار اذا نوى به الظهار على ما عرف النقل به عنه (قوله ولهما انه أطلق الحرمة الخ) حاصله ان الحرمة أعم من الحرمة التى هى ظهار أولا والاعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء (قوله وان قال أردت التحريم أولم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا) ونص فى المحيط انه خلاف قول محمد حيث قال فان نوى اليمين أو لم ينو شيا كان يمينا وينصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية هكذا قال محمد ومن مشايخ بلخ من قال تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح فى هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذلك حلال المسلمين ثم على قول محمد رحمه الله اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين فيحنث بأى ذلك وجد فاذا تناول شيا من الطعام أو الشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين أن يتناول قليلا أو كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا يأكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث مالم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية واذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى الطلاق فى نسائه واليمين فى نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين (قوله ومن المشايخ) هم المتأخرون لما ظهر من العرف فى ذلك حتى لو قال لامرأته ان تزوجتك فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هى أنا عليك حرام كان يمينا وان لم تنو فلو مكنته حنثت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاقها غيرنا وتطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق فى القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغينانى لا أقول لا تشترط النية لكن يجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله أنت على حرام أو حرمتك على أو لم يقل على أو أنت محرمة على أو لم يقل على أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسى عليك ويشترط قوله عليك فى تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله أنت معى فى الحرام بمنزلة قوله أنت على حرام وفى الفتاوى لو قال لامرأته أنت على حرام أو حلال الله على حرام فهو على ثلاثة أوجه اما ان كانت له امرأة أو أربع أو لم يكن له امرأة ان كان له واحدة فقد ذكرنا وان كان له أربع طلقت كل واحدة تطليقة وان لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوزجندى والامام مسعود الكشانى يقع واحدة وعليه البيان قال فى الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندى ان الاشبه ما فى الفتاوى لان قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف فى الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما فى قوله احداكن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ثم قال لامرئ آخر ان فعلت كذا فحلال الله على حرام ففعل أحدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين ينبغى أن يقع كما

(باب الخلع)

أخر الخلع عن الايلاء لمعنيين أحدهما أن الايلاء لتجرده عن المال كان أقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثانى أن مبنى الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها وهو فى الشريعة عبارة عن أخذ مال من المرأة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة على قول أبى حنيفة ويمين من الجانبين عندهما على ما سيأتى بيان ثمرة الخلاف

(باب الخلع)

لو قال معلقا دون الاول *(فروع)* تتعلق بالايلاء لو قال لا أقربك مادمت امرأتى فأبانها ثم تزوجها لم يصر موليا ويقربها بلا حنث ولو قال ان قربتك فعلى ان أنحر ولدى صح الايلاء خلافا لزفر بناء على انه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزم فيه شئ عند زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروى عن أبى يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعى وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن المولى ووطئها انحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا أقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت أربعة أشهر بن جميعا وقال زفر لا يكون موليا مالم يطأ ثلاثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فقربان الثلاث يمكنه بغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكأنه قال ان قربت ثلاثا منكن فوالله لا أقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا منهن فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطء كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد مالم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا أقرب احداكن جعلناه موليا من واحدة وقال زفر مول من الاربع حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب احداهن بانت واحدة منهن وعلى الزوج ان يعينها وعنده بن كلهن لان قوله احداكن وواحدة منكن سواء ولو قال لا أقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا فكذا هذا قلنا احداكن لا تعم لانه معرفة ولذا لا يصح ان يقال لكل احداهن على درهم واما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجتيه والله لا أقرب احدا كما فمضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو بين قبل مضى المدة لا يصح كما لو علق طلاق احداهن بمجيء الغد وبين قبل الغد واذا بين بعد المدة وتعينت المبانة ثم مضت أربعة أشهر أخرى فعند أبى يوسف لا تبين الاخرى وكذا اذا لم يبين وقال تبين لان اليمين باقية مالم يحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للايلاء كما لو ماتت احداهما وله انه آلى من احداهما لا منهما واحدى هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة وتعينت فلا تبين الاخرى وفى المحيط لو قال أنتما على حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها ولو قال والله لا أقربكما لا يحنث الا بوطئهما والفرق ان هتك حرمة اسمه تعالى لا تتحقق الا بوطئهما وفى قوله أنتما على حرام صار ايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود فى كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون موليا عند أبى حنيفة وروى أبو يوسف عنه انه يبطل ايلاؤه واذا اختلفا فى الفيء مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك الفيء وبعد مضى المدة فالقول لها لانه ادعى الفيء فى حالة لا يملكه فيها والله سبحانه الموفق

(باب الخلع)

كذب وارادة الكذب من الكلام الكذب حقيقة له وذكر فى المحيط وان قال نويت به الكذب فهو كذب ولا حكم له ويصدقه القاضى لانه فسر لفظه بما يقتضيه ظاهره وهو نظير ما لو قال لامرأته أنت حرة وقال اردت نعتها بالحرية لا الطلاق يدين فى القضاء هكذا ذكر شمس الائمة الحلوانى رحمه الله (قوله يصير به موليا) لان اقل اسباب الحرمة اليمين لان حرمتها متغياة الى الكفارة بخلاف الحرمة بالطلاق وفى الظهار ان ارتفع حرمته بالكفارة لكن كفارة اليمين ايسر ولان الحرمة فى اليمين لغيره بخلاف الظهار حتى تحل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار (قوله من غير نية بحكم العرف) روى ان هذه المسألة وقعت فى عصر أبى جعفر الهندوانى رحمه الله تعالى فأشكل عليه وكان يقول فى نفسه ينبغى ان لا يقع الطلاق فكان يتفكر فيه اياما وكان مغتما فى ذلك وكانت له ابنة صغيرة فقالت له يوما يا ابت مالى اراك مغتما فقال لها كيت وكيت فقالت لا شك فى هذا انه يقع الطلاق لما ان العرف ان الرجال يحلفون به دون النساء فلو لم يكن طلاقا لحلفت به النساء أيضا والله تعالى اعلم بالصواب

(باب الخلع)

الخلع بالفتح النزع يقال خلع ثوبه عن بدنه أى نزع وخالعت زوجها سمت منه بمالها والاسم الخلع بالضم قال الله تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن فكأنهما اذا فعلا ذلك نزعا لباسهما وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به والسنة وهى ما روى ان جميلة كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت لا أعيب على ثابت فى دين ولا خلق ولكنى أخشى الكفر فى

(باب الخلع)

(قوله والخلع نشوز) أقول أى مبنى الخلع (قوله فقدم ما بالرجل الخ) أقول ولانه لا يحصل الفرقة بالايلاء الا بعد مدة بخلاف الخلع فكان نسبة الايلاء الى الخلع نسبة الطلاق الرجعى الى البائن (قوله وحكمه وقوع الطلاق البائن) أقول يعنى عندنا (قوله انه من جانب المرأة معاوضة الخ) اقول ويمين من جانب الزوج

(واذاتشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدى نفسها منه بمال يخلعها به) لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة)

هو لغة النزع خلع ثوبه ونعله ومنه خالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالع العهار تخالعا صيغ منها المفاعلة ملاحظة للابسة كل الآخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن وفى الشرع أخذه المال بازاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوى والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم هو ازالة ملك النكاح ببدل ولابد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل فى حكمه من وقوع البينونة لامطلقا والا لجرى فيه الخلاف فى أنه فسخ وفى سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعى مماصدقات المفهوم اللغوى لان النزع مطلقا أعم من كون متعلقه أمرا حسيا أو معنويا كقيد النكاح بمقابلة شئ أولا لم يبعد ولا ينافى ذلك النقل كماغلط من جعل أصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته فى مطلق مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلاشك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبى حنيفة وعندهما هو يمين من الجانبين وستاتى ثمرة الخلاف (قوله اذا تشاق الزوجان) أى تخاصما (وخافا) أى علما كقوله

ولاتدفننى فى الفلاة فاننى * أخاف اذا مامت ان لا أذوقها

أى اعلم وحدود الله تعالى ماحدده من المواجب التى أمر أن لا تتجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لا أنه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة فى كلام القدورى الاباحة فانه قال لا باس أن تفتدى نفسها منه بمال واباحة الاخذ منها مشروطة بمشاقتها فهو معتبر شرطا فى ذلك (قوله فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) هذا حكم الخلع عند جماهير الائمة من السلف والخلف وذهب المزنى الى أن الخلع غير مشروع أصلا وقيدت الظاهرية صحته بما اذا كرهته وخاف أن لا يوفيها حقها أو ان لا توفيه حقه ومنعته اذا كرهها هو وقال قوم لا يجوز الا باذن السلطان روى عن

الاسلام لشدة بغضى اياه فقال عليه السلام أتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال عليه السلام أما الزيادة فلا واجماع الامة والمعقول وهو ان ملك النكاح معتبر يتمكن به من اقامة المصالح الكثيرة فيجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كملك القصاص وسواء كان بلفظ الخلع أو الطلاق أو المباراة أو البيع بان يقول خلعتك على ألف درهم أو طلقتك على ألف أو بارأتك أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف ففى الوجوه كلها لا يقع الطلاق الا بقبولها فى المجلس لانها معاوضة قال اذا تشاق الزوجان أى اختلفا أو تخاصما مشتق من الشق وهو الجانب وانما سمى به لان كل واحد من المتشاقين يأخذ شقا خلاف شق صاحبه وهذا كالتخاصم والتعادى لان كل واحد من المتخاصمين والمتعادين يأخذ خصما وهو الجانب وعدوة وهى جانب الوادى خلاف جانب صاحبه (قوله وخافا أن لا يقيما حدود الله) أى ما يلزمهما من مواجب الزوجية (قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) أى فلا جناح على الرجل فيما أخذ وعلى المرأة فيما أعطت (قوله فاذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة) وفى أحد قولى الشافعى رحمة الله تعالى عليه هو فسخ حتى لو خالعها بعد الطلقتين لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره عندنا خلافا له قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به بعد قوله تعالى الطلاق مرتان الى أن قال فان طلقها فلا تحل له من بعد فلو جعلنا الخلع طلاقا لصارت التطليقات أربعا ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاءة وخيار العتق وخيار البلوغ عندكم فيحتمل الفسخ بالتراضى أيضا وذلك بالخلع كالبيع ولنا ما روى عمر وعلى وابن مسعود رضى الله عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الخلع تطليقة بائنة والمعنى فيه ان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ألا ترى انه لا ينفسخ

(اذاتشاق الزوجان) أى تخاصما وصار كل منهما فى شق أى جانب (وخافا أن لايقيما حدود الله) أى مايلزمهما من حقوق الزوجية (فلاباس بان تفتدى المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به) أى فلا جناح على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت سمى الله تعالى ما أعطته فداء من فداء من الاسر اذا استنقذه لما أن النساء عوان عند الازواج بالحديث وكان المال الذى يعطى فى تخليصهن فداء (فاذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة) روى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال المصنف (واذاتشاق الزوجان) أقول قال ابن الهمام هذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لا انه شرط معتبر المفهوم وقد يقال جواب المسئلة فى كلام القدورى الاباحة فانه قال لا باس واباحة الاخذ مشروطة بشاقتها اه وفيه نوع تامل (قوله فاذا فعلا ذلك) أقول وقال الرجل خالعتها وقبلت المرأة

ولانه

ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن الا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا

ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن وقالت الحنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع ويكون رجعيا فان راجعها رد البدل الذى أخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهرى يقول ذلك ووجه قول المزنى ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيأ أجيب بانه متوقف على العلم بتاخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثانى ولان هذا النهى متعلق بما اذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو أراد بالنسخ تقدم حكمها على المطلقة فى تلك الصورة أعنى صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حينئذ وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبنى على تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا يتعارضان كان الحكم الثابت حينئذ وجوب الترجيح اذا أمكن والترجيح يثبت للمحرم على المبيح لان فيه الاحتياط وهو هنا فى تقديم الخاص فيجب أن يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع قد منا فيه العام على الخاص عند تعارضهما فى ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما فى لا صلاة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار وايجابا كقوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة والا فنفس كونه عاما لا يقتضى التقدم لعين مفهومه بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل الجواب القول بموجبها وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ماذكر المصنف بقوله كره له ان ياخذ يعنى كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبى فى جوابهم تاويل الآية فى الحل والحرمة لا فى منع وجوب المال وتملكه لان الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان المعارضة تنفى القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه أراد ماذكرنا وسياتى ماهو الحق فيه ان شاء الله تعالى وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعى فى القديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطنى عنه وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له أن ينكحها قالوا ذكر الله تعالى الطلاق فى أول الآية وفى آخرها والخلع بينهما وروى نافع مولى ابن عمر أنه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر ابن عمر انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها الى عثمان فقال ان ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفتنتقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل فقال ابن عمر عثمان خيرنا وأعلمنا فهؤلاء أربعة من الصحابة فان ربيع وعمها صحابيان قالوا بذلك ويستدل عليه أيضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان الى أن قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعنى الثالثة المفاد شرعيتها بقوله تعالى أو تسريح باحسان على ما أسلفناه من التقرير فى فصل فيما تحل به

بالهلاك قبل التسليم بان الملك الثابت به ضرورى لا يظهر الا فى حق الاستيفاء والفسخ بسبب عدم الكفاءة فسخ قبل التمام فكان فى معنى الامتناع عن الاتمام وكذلك فى خيار العتق والبلوغ وأما الخلع فيكون بعد تمام العقد والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ولكن يحتمل القطع فى الحال فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد فى الحال وأما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثالثة بعوض وبغير عوض فبهذا لا يصير الطلاق أربعا (قوله حتى صار من الكنايات) اذا قال الرجل لامرأته خلعتك أو خالعتك ونوى الطلاق يقع به الطلاق لانه يحتمل الطلاق لان انخلاعها يكون عن الثياب وعن الخيرات وعن النكاح فاذا نوى الانخلاع عن النكاح يصح ولما صار من الكنايات لابد من النية الا ان ذكر المال أغنى عن النية ههنا وفى الذخيرة واذا خلع الرجل امرأته ثم قال لم أنو به الطلاق فان لم يذكر بدلا صدق ديانة وقضاء وان ذكر بدلا بان قال لها

(ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات) فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع (والواقع بالكناية بائن) فاذا قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط أجاب بقوله (الا أن ذكر المال أغنى عن النية ههنا) وقد قيل فى بيانه أن الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية

ولانها لاتسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة

المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق أربعا والثاني منتف وأيضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء قلنا أما هذا الاخير فحاصله أنه وجه مجوز لكونه فسخا لا يوجب كون الواقع في الواقع أحد الجائزين بعينه وهو أنه فسخ أو طلاق فلا يفيد وأما الآية فبالنظر الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعدما أفاد شرعية الثلاث وبين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح وأخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق أو طلاقا هو الثالثة أولا فتعين أخذها من خارج البتة وهذا أوجه من قولهم بين الثالثة بعوض وبغيره لانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعت ولانه يقتضي أن لا يشرع الخلع الا بعد ثنتين بل انما نص على شرعية الثلاث وبين حكما آخر هو جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك وأما ماذكروه عن عثمان فيتقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال لاعدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة وأصل هذا ماروي من حديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة فسمى الحيضة عدة رواه أبو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم رأينا صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بانها طالقة على مافي البخاري انه قال له اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لاعدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الايجاد والاعدام فهذا يفيد بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا على ان الذي تعرفه من حديث عثمان هذا هو مارواه مالك عن نافع ان ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فاخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها عدة المطلقة وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم انه قول أربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابي يتبع أقضية النبي صلى الله عليه وسلم وآي الاحكام وعلم المتأخر والمتقدم صار أهلا للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمها ذلك فانهما قد استفتيا عثمان فقال لهما ماقال فاعتقداه فليس في المعنى الا قول صحابيين لان المقصود قول أهل الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو منتف بماروي عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ماروى مالك عن أم بكرة الاسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفعا الى عثمان رضي الله عنه فاجاز ذلك وقال هي طلقة بائنة الا أن تكوني سميت شيأ فهو على ماسميت ولا نعرفه فيه الا أن جهمان لم يعرفه الامام أحمد فرد الحديث لذلك وهو جهمان أبو يعلى أو أبو العلى مولى الاسلميين ويقال مولى يعقوب القبطي يعد في أهل المدينة تابعيا روى عن سعيد بن أبي وقاص وعثمان بن عفان وأبي هريرة وأم بكرة الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربذي وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات هو جد جدة علي بن المديني فهي ابنة عباس بن جهمان روى له ابن ماجه حديثا واحدا في الصوم عن أبي هريرة لكل شيء زكاة وزكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا صرح أصحابنا بنقل مذهبنا عن عثمان وابن مسعود وعلي رضي الله عنهم ثم يعارضه قول غيره بل والمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسند ابن أبي شيبة حدثنا علي بن هاشم عن ابن أبي ليلى عن طلحة بن مصرف عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود رضي الله عنه قال لا تكون طلقة بائنة الا في فدية أو ايلاء وروي عن علي أيضا وتقدم مارويناه عن عثمان وقال عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لانه من كبار التابعين وكبار التابعين قل أن يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابي وان اتفق غيره نادرا فعن ثقة هكذا تتبعت مراسيله وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع طلقة بائنة وكذا ما أخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدي وأعله بعباد بن كثير الثقفي من ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وان كان لا يصح على طريق أهل الشأن لان الحكم

خالعتك على ألف درهم ثم قال لم أعن به الطلاق لا يصدق (قوله ولانها لا تسلم المال) عطف على قوله لقوله

(ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة)

قوله جهمان هو كعثمان كما في القاموس ووقع في أسماء الرجال جهمان بتقديم الهاء وقال بضم الجيم وفتح الهاء والذي في القاموس هو الموافق للنسخ كتبه مصححه

وان

(وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا) لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى

بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الامر فجاز أن يقوم دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر وههنا نظر على أصولنا وهو ان ابن عباس رضي الله عنهما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على مافي البخاري عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعتب عليه في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ثم ان ابن عباس قال بانه فسخ وعمل الراوي عندنا بخلاف روايته ينزل منزل روايته للناسخ اللهم الا أن يثبت رجوعه كما قالوا والله أعلم به والجواب أن بتقدير ان ثابتا طلقها امتثالا لامره صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقا على مال فقول ابن عباس بعد ذلك الخلع فسخ كلام في مسئلة أخرى فحينئذ ما يأتي من تسمية الراوي له خلعا حيث قال وكان أول خلع في الاسلام يعني أول طلاق بمال لان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها امتثل قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال وعلى كل حال فالاظهر من قول الصحابة ماقلناه مع مافيه من المرفوع الصريح الذي لا يقاومه النقل التقديري ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا الى النظر في المعنى أفاد ماقلناه فمن ذلك ماذكره المصنف رحمه الله بقوله (ولانه) أي الخلع (من الكنايات) حتى لو قال خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا لان حقيقة الخلع لا تتحقق الا به وقد قدمنا في الكنايات انها عوامل بحقائقها والنكاح قائم بالرجعي فلم يتخلع ثم لم يخرج عن ذلك الا بذكر المال وذلك لا يقتضي خروجه عن حاله وأيضا هذه فرقة بعد تمام النكاح والاصل فيه كونها طلاقا لانه هو المعهود والحمل على ماعهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار اذا بلغت وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن اتمامه معنى وأيضا ملك النكاح ضروري لانه وارد على الحرة فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفي هذا الملك في حق الفسخ وأما وجه من قال لابد من اذن الامام فلم أره ويظهر ان قوله تعالى فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرعه مشروطا بخوف الائمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتم وهذا فرع الترافع اليهم وان كان خطاب فلا تأخذوا للازواج فهو غير مستغرب في القرآن أن يكون خطابان يتلو أحدهما الآخر والمخاطبون باحدهما غيرهم بالآخر والجواب ماذكرنا من قصة الربيع من الموطا يفيد ان الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه ولم ينكره وكذا ابن عمر حين سمع به فافاد عدم فهمهما ذلك فيكون المراد من الآية اذن الائمة من تمكينهم من الخلع اذا خافوا عليهما عدم القيام بالمواجب فيما اذا ارتفعوا اليهم لانه لابد من الترافع اليهم وعلى اعتبار هذا المفهوم يمنعونهم عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى وتبين حينئذ انه ليس مباحا لقوله صلى الله عليه وسلم المختلعات هن المنافقات رواه الترمذي وفيه وفي أبي داود عنه صلى الله عليه وسلم أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير ما بأس به لم ترح رائحة الجنة لا بالحكم بعدم النفاذ والصحة اذا وقع وأما وجه من قال انه رجعي فذكر بعضهم فيه ما لا حاصل له ولا غبار على الوجه المذكور في الكتاب فيه وهو انها انما بذلت المال لتسلم لها نفسها والله تعالى شرع الافتداء لذلك والا لو كان رجعيا لم يحصل الغرض الذي شرع لاجله ولانه معاوضة والزوج قد ملك المال حكما لصحة هذه المعاوضة فلابد من ان تملك نفسها حكما لها تحقيقا لها كما في جانبه والله سبحانه أعلم (قوله الا أن ذكر المال) استدراك مما يتوهم لزومه على قوله انه كناية من افتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا أنكرها يصدق قضاء وليس كذلك قالوا لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمباراة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بان يقول بارأتك على ألف أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف وعند عدمه يصدق في انكارها قضاء في الخلع والمباراة لا في لفظ الطلاق والبيع لانهما صريحان ذكره في الكافي فاجاب بان ذكر المال يغني عنها اذ هو قرينة ظاهرة على ارادة الطلاق اذ من المعلوم انه لا يستحقه الا بسببه (قوله وان كان النشوز من قبله كره له ان يأخذ منها شيا) لقوله

عليه الصلاة والسلام الخلع تطليقة بائنة

فوله (وان كان النشوز من قبله) يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة اذا استعصت عليه وأبغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين كراهة كل واحد منهما صاحبه (يكره له ان يأخذ عوضا لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيا أتأخذونه بهتانا واثما مبينا) فان قيل النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية ثم هو مؤكد بتوكيدهي قوله أتأخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا فكيف الجواز مع الكراهة أجيب بان النهي وان ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسي والى هذا أشار بدليله الثاني وهو قوله ولانه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال

(وان كان النشو زمنها كرهناله أن ياخذمنها أ كثر مما أعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل أيضا الاطلاق ماتلوناه بدأ) أي أولا يعني قوله تعالى فلا جناح عليهـما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره (و وجه الرواية الاخرى) أي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الاصل (قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا) وقصتها مار وي ان جميلة بنت سلول كانت

أن قال فلا تاخذوا منه شيا ولانه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال (وان كان النشو زمنها كرهناله أن ياخذ منها أ كثر مما أعطاها) وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لاطلاق ماتلونا بدأ و وجه الاخرى قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء) وكذلك اذا أخذ والنشو زمنه لان مقتضى ما تلوناه شيا آن الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي

تعالى فلا تأخذوا منه شيا نهى عن الاخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ما قيل من ان ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشيء اذ لا معارضة في التحريم فان اطلاق نفي الجناح في آية المطالقة مقيد بالمشاقة فان الآية هكذا ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيا الا ان يخافا أن لا يقيما حدود الله فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والنهي في الآية الاخرى مقيد بانفراده بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض في حرمة الاخذ على انه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفي امساكها لا لرغبة بل اضرارا وتضييقا ليقتطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها معه ذلك وقال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراما الا انه لو أخذ جاز في الحكم كما ذكره المصنف آخرا أي يحكم بصحة التملك وان كان بسبب خبيث وعلله بقوله (لان مقتضى ماتلوناه) يعني قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (شيا آن الجواز حكما) يعني الصحة والنفاذ في القضاء فانه ذكره مشبها باخذ الزيادة وقد قال فيها جاز في القضاء (والاباحة وقد ترك في حق الاباحة لمعارض) وهو قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الآية فبقي معمولا به في الباقي أي الجواز في القضاء لا يقال الجواز هو الاباحة و يتلازمان وجودا وعدما لانا نقول ان معنى الاباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ومعنى الجواز من جاز أي مر و بعد فهو النافذ شرعا أي الصحيح وهو المعتبر سببا لترتب الآثار الشرعية فهو أعم من كونه مع الحل أو الحرمة كما في كل نهي عن أمر شرعي لم يقم فيه دليل شرعي على انه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم وهنا كذلك فالاخذ حرام في حال عدم نشوزها وان كان برضاها ولو فعل كان أخذه سببا للتملك كما في البيع فيما قلنا حيث ملك بسبب ممنوع لا يقال النهي هنا عن أمر حسي فيعدم وجوده شرعا فيخرج عن انتهاضه سببا مفيدا الحكم الملك كالنهي عن الزنا لان ذلك مقتضاه اذا لم يدل الدليل على ان النهي لغيره لا لعينه وهنا دل على انه لزيادة الايحاش ولقائل ان يقول اذا ترك في حق الاباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعا وذلك لان دلالته على النفاذ ليس الا دلالة التزامية للاباحة لان دلالته المطابقية على الاباحة اذ هي المعنى المطابق لنفي الجناح و يلزم من ثبوت الاباحة النفاذ فاذا ارتفعت الاباحة ارتفعت بلازمها الا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا يظهر قول الظاهرية (قوله لاطلاق ماتلونا بدأ) أي أولا وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني بطريق دلالته لا عبارته فان عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ولا شك ان في مشاقتهما مشاقته فاذا كان له أن ياخذ ما افتدت به مطلقا فيما فيه مشاقة منه فاخذه ذلك فيما لا مشاقة منه فيه أولى (قوله و وجه الاخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت الخ) تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري

(قوله لاطلاق ماتلوناه بدأ) أي فلا جناح عليهما فيما افتدت به (قوله لان مقتضى ماتلوناه شيئان) الجواز حكما والاباحة الجواز قد يثبت بدون الاباحة فان البيع وقت النداء يجوز ولا يباح فالجواز ضده الفساد وأريد بالجواز هنا عدم الحرمة والاباحة ضدها الكراهة (قوله وقد ترك في حق الاباحة)

تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال أتردين اليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا (وكان النشوز منها) بما روينا في الحديث فكان قوله أما الزيادة فلا ينفي اباحة أخذ الفضل على ما نذكره واذا انتفى الاباحة كان مكروها) ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا أخذ والنشوز منه لان مقتضى ماتلونا) من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (شيا آن الجواز حكما) أي جواز أخذ الزيادة في القضاء (والاباحة) أي اباحة أخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله وفرقوا بين العبارتين بان كل مباح جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الاباحة أيضا واذا انتفت الاباحة ثبت ضدها وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة (وقد ترك) يعني ما تلونا (في حق الاباحة لمعارض) وهو قوله صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا لكونه نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية (فبقي معمولا في الباقي) وهو الجواز وفيه بحث من وجهين أحدهما ان النهي وليس

(قوله فقالت لا أعتب) أقول العتب المؤاخذة والغضب من باب ضرب ومنه هذا الحديث

وليس فيه ذكر الزيادة وقد رويت مرسلة ومسنده فروى أبو داود في مراسيله وابن أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء وأقرب الاسانيد سند عبد الرزاق قال أخبرنا ابن جريج عن عطاء قال جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال أتردين عليه حديقته التي أصدقك قالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا وأخرجه الدارقطني كذلك وقال وقد أسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح وأخرج عن أبي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ولكن حديقته قالت نعم فاخذها وخلى سبيلها اه قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يأخذ الرجل من المختلعة أ كثر مما أعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الاسلام لا أطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم فامره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الامام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الانصارية وزاد فيه وكان ذلك أول خلع في الاسلام فقد علمت انه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لان المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا اذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الاول أو بمسند كان حجة وقد اعتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب وفي اسم أبيها عبد الله بن أبي ابن سلول أو سلول أو سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل ان الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته انها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك الى عثمان بن عفان فاجازه وأمره باخذ عقاص رأسها فادونه وذكر أيضا عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع ان عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها من كل شيء لها ومن كل ثوب حتى نقبتها وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن أيوب عن كثير بن أبي كثير وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه لا ياخذ منها فوق ما أعطاها ورواه وكيع عن أبي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن أبيه عن علي انه كره أن ياخذ منها أ كثر مما أعطاها وقال طاوس لا يحل له أن ياخذ منها أ كثر مما أعطاها وأورد أن شرط قبول خبر الواحد أن لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به أجيب اذا خص منه شيء أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا لنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تاخذوا منه شيا فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده واطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص لان مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصا لا يقال أخذ الزيادة أيضا غير متناول المطلقة لانما في نشوزهما ونشوزها وحدها ليس نشوزهما لانا نقول تثبت اباحة أخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق أولى كما بينا وعلى هذا فيظهر كون رواية الجامع أوجه نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الاولى و يكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من أن يزداد الحل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله

لمعارض وهو قوله تعالى فلا تاخذوا منه شيأ وقوله عليه السلام أما الزيادة فلا فان قيل الاخذ فعل حسي وقد ورد النهي عنه بتا كيدات أتاخذونه وكيف تاخذونه والنهي عن الافعال الحسية بعدم المشروعية فكيف بالمؤكدات فينبغي أن لا يكون الاخذ مشروعا أصلا فكيف جاز مع الكراهة قلنا النهي وان ورد عن الفعل الحسي لكن هو لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا تعدم المشروعية في نفسه كما في قوله عليه الصلاة والسلام لا تتخذوا دوابكم كراسي وانما قلنا ذلك لان المرأة تصرفت في مالها بالدفع الى

انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهية الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الاخذ منها وهو غير ناشز أولى أن لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اذا أخذوهو ناشز قوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تاخذوا منه شيا والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده ان يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة

(قوله أولى أن لا يكون مباحا الخ) أقول فيه بحث اذ ماذكره من الاولوية غير ظاهر (قوله قوله تعالى وان أردتم استبدال الزوج مكان زوج الى قوله فلا تاخذوا منه شيا) أقول قال ابن الهمام فيه نظر لان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده واطلاق الاخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص اه أقول ممنوع بل تخوف كل منهما أن لا يقيم حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد

فانه اذا نشزت المرأة فقط يجوز ان يخاف الرجل من استيلاء الغضب عليه فلا يقيم حدود الزوجية وكذا اذا نشز الرجل فتامل

(وان طلقها على مال) مثل أن قال أنت طالق بالف درهم أو على ألف درهم (فقبلت وقع الطلاق ولزم المال) لأن هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل (٦٤) حاصل أما أهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا الاجمالة وقد علقه بقبولها

بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم فيه متعلق بالقبول وأما أهلية المرأة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها وأما صلاحية المحل ... النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله كذا في بعض الشروح (واذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا) انه الا تسلم المال الا تسلم لها نفسها (ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض في الخلع) اذا خالع المسلم امرأته على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شئ للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شئ له والطلاق رجعي أما الاشتراك في وقوع الطلاق فانه علقه بقبولها وقد قبلت وأما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو

(وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص (وكان الطلاق بائنا) لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهي النفس تحقيقا للمساواة قال (وان بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شئ للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا) فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شئ عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى

سبحانه والله أعلم (قوله ولو طلقها الخ) صورته أن يقول أنت طالق على ألف أو بالف أما لو قال وعليك ألف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي وقوله فقبلت وقع الطلاق أي غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة أو أمة اختلعت باذن سيدها حتى تباع فيه وان اختلعت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل المقدر القبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والمعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء والى هنا يتم التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس وزاد في النهاية قوله ولو قلنا بتعليقه بالاداء كانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله أنت طالق على ان تدخلي الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج الى ان المعنى ان أديت فانت طالق وهو الشرط المحض وهو مضر في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه أو الجانبين فليست هذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك واعلم ان تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرده هو فيما يتحقق فيه التحقيق أما فيما يحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا يصح مطلقا وقال الفقيه أبو جعفر ينوي الزوج ان أراد به التحقيق دون السوم يصح وهو المختار للفتوى (قوله لما بينا) يعني قوله ولانه الا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها (قوله وهي النفس) أنث ضمير الآخر وهو مذكر لتانيث اسمه الآخر أعني النفس (قوله وان بطل العوض في الخلع الخ) حاصله انه اذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل فاما ان يكون موقعا بلفظ الخلع أو الطلاق ففي الخلع يقع بائنا وفي الطلاق يقع رجعيا ان كانت مدخولا بها وهي دون الثلاث وترك المصنف التقييد بهما لاشتهار الحال في الطلاق الثلاث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد وفيهما معا لا يجب شئ للزوج ووجه الحكم الشامل ان ملك النكاح في الخروج غير متقوم ولذا لا يلزمه شئ في الطلاق اجماعا وباحة الافتداء ليس وضعا للتقوم شرعا والا لتعينت القيمة ولو بالنوع كمهر المثل فاذا سمى غير المتقوم في غير المتقوم كان راضيا بسقوطه مجانا ووجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكنايات التي لها دلالة على قطع الوصلة لانه من خلع الخف والنعل والقميص وقدمنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فاذا أفاد حقيقته منها

الزوج باختيارها فمن أين يثبت عدم مشروعية الاخذ فان قيل حديث امرأة ثابت خبر الواحد والطلاق قوله تعالى فلا جناح يدل على حل الزيادة فكيف يعارضه خبر الواحد قلنا خص من الآية الفضل عن المهر اذا كان النشوز من قبله بقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج فانه يكره الفضل بالاجماع جاز تخصيصه بخبر الواحد (قوله وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق) وانما وقع بالقبول ولم يتوقف على الاداء بدلالة ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول دون الاداء (قوله وكان الطلاق بائنا لما بينا) وهو قوله ولانها الا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها

كناية كما تقدم والواقع بها بائن اذا لم يكن من الالفاظ الثلاثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وأما عدم وجوب شئ عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه لا وجه لالزام المسمى لامتناع المسلم عن تسلمه وتسلمه ولا

الزام غيره لعدم الالتزام به (بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا) فانه يلزم عليها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط وهذا والصداق سواء لانها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب أو أعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وان (٦٥) أداها عتق وعلى العبد قيمته أجاب بقوله

(وبخلاف ما اذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه) أي في العبد (متقوم) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب (وما رضي بزواله مجانا) فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة (أما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما نذكر) بعيد هذا بقوله (والفقه فيه) فلا يلزمها شئ وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة وأما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع وانما عتق المكاتب اذا أدى الخمر المسماة لان في الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل وفي قوله على خمر تلويح الى أنه لو كاتب على ميتة أودم فالكتابة باطلة حتى لو أدى لم يعتق ولا تجب القيمة وقوله (وبخلاف النكاح) للفرق بينه وبين الخلع حيث

تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فناهر أنه خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا أما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال قال (وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا في الخلع) لان ما يصلح عوضا للمتقوم أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم

قطع الوصلة كان الواقع به بائنا والا فرجعي ولفظ الخلع من الاول بخلاف لفظ اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة على ما سلف فانما يقع بها رجعي ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيها كقول مالك وأحمد والشافعي يخالفنا في هذا الاعتبار في الكنايات على ما أسلفناه فيها وقال هنا ان الواقع بائن بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله متقوما حالة الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفي كتب المالكية لو خلعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له الا المال قيل هو قياس قول أصحابنا وهو صحيح وفي جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شئ لانه مال لا تستحقه بحال وعرف مما قررنا ان اقتصاره على قوله لانه من الكنايات لا يستلزم البينونة (قوله بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه لانها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا) فيرجع عليها عند أبي حنيفة ترد مهرها وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطا كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شئ له (قوله وبخلاف ما اذا كاتب أو أعتق على خمر) أو نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واحترز به عما لو كاتب على ميتة أو دم فان الكتابة حينئذ باطلة حتى لو أدى الميتة أو الدم لا يعتق وههنا فاسدة فلو أدى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه (لان ملك المولى فيه متقوم) ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي كتمنه ابتداء (وما رضي بزواله مجانا) لانه لو رضي لنجز عتقه ابتداء فتسمية مال غير متقوم في المتقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن دفعه ولا ايجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البدل في موضع لزومه تجب قيمة المبدل ولقائل أن يقول ان عني بكون العبد متقوما عند الخروج أو حالة البقاء لزوم قيمته عند خروجه شرعا فممنوع وان عني امكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والخنزير والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع بان الشرع قومه أولا ببيع أو هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج (قوله والفقه فيه) أي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج (انه) أي البضع (شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض فاما الاسقاط فنفسه شرف) أي يحصل به شرف البضع لتخلصه من المملوكية (فلا حاجة الى ايجاب المال) اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه (قوله وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا في الخلع) ولا ينعكس كليا فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا والبعض لا كالأقل من

(قوله وبخلاف ما اذا كاتب أو أعتق على خمر) ولو كاتب على ميتة أو دم فان الكتابة هنالك باطلة حتى لو أدى لا يعتق ولا تجب القيمة كذا ذكره الامام الاسبيجابي رحمه الله (قوله وما جاز أن يكون مهرا جاز

(٩ — (فتح القدير والكفايه) — رابع) صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شئ (لان البضع في حالة الدخول متقوم) ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال (والفقه) ما ذكره وهو واضح قال (وما جاز أن يكون مهرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع) كل ما جاز أن يكون مهرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس (لان ما يصلح أن يكون عوضا للمتقوم أولى ان يصلح عوضا

(قوله لانها سمت مالا) أقول تعليل لقوله يلزم عليها رد الخ

لغيره) ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على مافى بطون غنمها جاز وله مافى بطون غنمها وقت الخلع دون ماحدث بعده ولو تزوج امرأة على مافى بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية (٦٦) غير صحيحة لكون مافى البطن ليس بمال فى الحال وان كان بعرضية أن يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر الى ذلك تكون فى معنى الاضافة أو التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع فى باب النكاح لا يحتمل التعليق والاضافة فكذلك العوض الآخر وأما الخلع فاحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فامكن تصحيح تسمية مافى البطن باعتبار المآل واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن فى بطونها شئ فلا شئ له لانها ماغرته لان مافى البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا (فان قالت له خالعنى على مافى يدى فخالعها فلم يكن فى يدها شئ فلا شئ له عليها لانها لم تغره بتسمية المال) لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره (وان قالت خالعنى على مافى يدى من مال فلم يكن فى يدها شئ ردت عليه مهرها) لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة) أى جهالة كل واحد منهما ويجوز أن يكون معناه لجهالة المسمى وان كان المسمى مجهولا كانت القيمة أكثر جهالة (ولا الى قيمة البضع أعنى مهر المثل

(فان قالت له خالعنى على مافى يدى فخالعها فلم يكن فى يدها شئ فلا شئ له عليها) لانها لم تغره بتسمية المال (وان قالت خالعنى على مافى يدى من مال فخالعها فلم يكن فى يدها شئ ردت عليه مهرها) لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع أعنى مهر المثل

العشرة ومافى يدها ومافى بطن غنمها ومافى بطن جاريتها يجوز وله مافى بطونها ولا يجوز مهرا بل يجب مهر المثل والفرق أن مافى البطن ليس مالا فى الحال بل فى المآل فكان تعليقا بالانفصال من البطن وأحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق فكذا الآخر أعنى المال ولا يقبله ما يقابل المال هنالك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن فى بطونها شئ حالة الخلع فلا شئ له وما حدث فى البطن بعد الخلع لها لا له لانها غير غارة اذ مافى البطن لم يتعين كونه مالا اذ ظهر لجواز كونه ريحا أو ميتة فلا يلزمها شئ ويصح التأجيل فى بدل الخلع مع جهالة مستدركة كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالمطر وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التأجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجرى فيه التسامح جاز المجهول والى الاجل المجهول المستدرك الجهالة وعلى هذا الاصل يجوز اختلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوته بها أو خدمة الاجنبى لان هذه تجوز مهرا وفى الخلاصة قالت طلقنى على أن أؤخر مالى عليك فطلقها فان كان للتاخير غاية معلومة صح به التاخير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعى على كل حال وكذا لو طلقها على أن تبرئه عن الكفالة التى كفل بها عن فلان فالطلاق بائن انتهى كأنه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا تسقط بل تتاخر بخلاف الثانى لتحقق سقوط المال أو مطالبتها اياه به (قوله أولى أن يصلح عوضا الغير المتقوم) وهو البضع حالة الخروج بخلافه حالة الدخول فانه متقوم وعن هذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز أن يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهى فى العدة فان ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث (قوله لانها لم تغره بتسمية المال) لان مافى يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن مالا أو كان ومثل هذا قولها على مافى بيتى أو مافى بيتى من شئ وليس فيه شئ لا يلزمها شئ لان الشئ يصدق على غير المال فان كان فيه شئ حال قولها فهو له كله ولو قالت على مافى بيتى من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر فى الكتاب وقوله (لا وجه الى ايجاب المسمى) أى ماسمته المرأة وهو المال وقيمته للجهالة) قيل عليه يجب أن يلزمها مايصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف فى الاقرار وهو مذهب

أن يكون بدلا فى الخلع ولا ينعكس) ولهذا يصلح أقل من عشرة دراهم بدل الخلع ولا يصلح مهرا وفى المبسوط وان اختلعت منه بما فى بطن جاريتها أو بطون غنمها فهو جائز وله مافى بطونها بخلاف الصداق فان فى مثله يجب مهر المثل وان لم يكن فى بطنها شئ فلا شئ له لانه ماغرته فما فى البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون غير ذلك من ريح أو ولد ميت (قوله فان قالت له خالعنى على مافى يدى) أراد باليد الجارحة لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامة تتناول المال وغيره وذكر فى المبسوط وان اختلعت بما فى بيتها من شئ فهو جائز وكل مافى البيت فى تلك الساعة فهو له لان بالاشارة الى المحل تنقطع المنازعة بينهما بسبب الجهالة وان لم يكن فيه شئ فلا شئ عليه بخلاف ما اذا اختلعت على مافى بيتها من متاع فله مافيه وان لم يكن فيه شئ فلا شئ له ورجع عليها بالمهر الذى أخذت منه لانها غرته بذكر

لانه

(قوله لكنها بالنظر الى ذلك) أقول اشارة الى قوله بعرضية أن يصير مالا قال المصنف (ردت عليه مهرها) أقول قال ابن الهمام قيل عليه يجب أن يلزمه مايصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف فى الاقرار وهو مذهب أحمد والجواب للجهالة الفاحشة توجب الفساد ولان كون أقل ماهو

لانه غير متقوم حالة الخروج) كما تقدم (فتعين ايجاب ماقام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه) وقوله (ولو قالت خالعنى على مافى يدى من دراهم) واضح وقوله (وكلمة من ههنا للصلة) اشارة الى مايقال اذا كان فى هذه الصورة درهمان أو درهم يجب أن لا يجب عليها شئ غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكانه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما فى قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما فى قوله أخذت من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالعنى على مافى يدى دراهم اختل الكلام واذا لم تكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم واعترض بان ماذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قولها دراهم يجوز أن يكون (٦٧) بدلا من قولها مافى يدى ويكون تقديره خالعنى على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا أيضا ويكون تقديره خالعنى على الدراهم واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد فلو كان فى يدها درهم واحد وجب أن يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقدير كلامها خالعنى على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب وعن الثانى لا نسلم انه لا معهود ثم بل مافى يدها معهود بالاشارة اليها (فان اختلعت على عبد لها آبق

لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ماقام به على الزوج دفعا للضرر عنه (ولو قالت خالعنى على مافى يدى من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن فى يدها شئ فعليها ثلاثة دراهم) لانها سمت الجمع وأقله ثلاثة

أحمد رحمه الله والجواب ان الجهالة توجب الفساد ولان كون أقل ماهو مال درهما ممنوع (قوله لانها سمت الجمع وأقله ثلاثة) فان قيل هذا فى قولها دراهم ظاهر أما فى المحلى فينبغى أن يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام الى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغى أن يلزمها درهم فالجواب ان ذلك عند عدم امكان العهدية فاما ان أمكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فان قولها على مافى يدى أفاد كون المسمى مظروفا بيدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد فى الجملة من حيث هو مما صدقات لفظة ما وهو مبهم ولفظة من وقعت بيانا ومدخولها وهو الدراهم هو المبين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر فى قوله تعالى وليس الذكر كالانثى للعهد لتقدم ذكره فى قوله مافى بطنى محررا وان كان يخالفه فى كون مدخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه فى وليس الذكر كالانثى لان المراد بلفظ مافيه متعين لان المنذور للبيعة انما هو الذكر ولانه لا يكون للجنس الا عند امكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس فى لا أشترى العبيد لامكان الاستغراق فى النفى دون لأشترين العبيد لعدم الامكان فيحنث بشراء عبد واحد بالاول ولا يبر بشراء عبد فى الثانى بل بشراء ثلاثة وبهذا التقرير تبين لك ان من لبيان الجنس لا صلة كما ذكره المصنف ألا ترى الى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذى موضعها موصولا بمدخولها حال كونه خبر المبتدا الذى هو ضمير المبهم هكذا مافى يدى الذى هو والدراهم كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان لصدق الرجس الذى هو الاوثان اللهم الا أن يكون له فى لفظ الصلة اصطلاح وما قيل ان تعين الثلاثة فيما اذا لم يكن فى يدها شئ لان البضع محترم فلا بد من عدد معتبر

ماهو مال متقوم ولا يمكن اثبات الرجوع بقيمة المتاع لانه مجهول الجنس والقدر ولا بقيمة البضع لانه عند الخروج من ملك الزوج غير متقوم (قوله فتعين ايجاب ماقام به) أى ماقام البضع به وهو المهر (قوله ولو قالت خالعنى على مافى يدى من دراهم أو من الدراهم ففعل ولم يكن فى يدها شئ فعليها ثلاثة دراهم) لانها سمت الجمع وأقله ثلاثة فان قيل ذكرت فى كلامها حرف من وهو للتبعيض فينبغى أن يجب بعض الدراهم وذا درهم أو درهمان كقوله ان كان فى يدى من الدراهم الا ثلاثة فعبده حر وفى يده اربعة دراهم فانه يحنث قلنا من للتبعيض وقد يكون للبيان والتمييز ففى كل موضع تم الكلام بنفسه ولكنه اشتمل على ضرب ابهام فمن للتمييز كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان والا فللتبعيض وقولها خالعنى على مافى يدى كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا ان فيه نوع ابهام لان مافى يدها قد يكون من أنواع شتى فاذا قالت من الدراهم فقد بينت ما أبهمت فصار كانها قالت خالعنى على الدراهم وقوله ان كان فى يدى غير تام بنفسه حتى لا يجوز الاقتصار عليه فكان للتبعيض فان قيل هذا يستقيم اذا لم تكن الدراهم محلاة بالالف واللام أما اذا كانت

مال درهما ممنوع اه وأنت خبير بان كون أقل ماهو مال الدرهم مذكور ومصرح به فى كتاب الاقرار (قوله وكانه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين) أقول فيكون له فى لفظه اصطلاح (قوله ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض الخ) أقول تقدم فى آخر فصل المشيئة ان من فى قوله طلقى نفسك من ثلاث ماشئت للتبعيض عند أبى حنيفة رحمه الله ولا يصح الكلام بدونه (قوله لان قوله دراهم يجوز أن يكون بدلا الخ) أقول ويصح فاجتنبوا الرجس من الاوثان على البدلية (قوله واللام اذا دخل الجمع الخ) أقول اعتراض ثان (قوله والجواب عن الاول الخ) أقول اذا كان مراد المعترض عدم صحة ماذكر تفريعا على تلك الضابطة من كون كلمة من للصلة دون التبعيض مع انها حقيقة فيه كما تقدم لم يتوجه هذا الجواب (قوله وعن الثانى بانا لا نسلم انه لا معهود ثمة بل مافى يدها معهود بالاشارة اليها) أقول وأنت خبير بان هذا المقدار من التعيين لا يكفى فى المعهودية ألا ترى انهم لم يكتفوا فى معهودية الذكر فى قوله تعالى وليس الذكر كالانثى بان مافى بطنها معهود بل ضموا الى ذلك كونه محررا فليتامل

على انها بريئة من ضمانه) يعني أن لا نطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شئ عليها (لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا تقتضيه العقدة فيبطل دون

وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه (فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت) لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح)

وهي الثلاثة دفع بانه فرع تقوم البضع في الخروج وهو منتف وفيه نظر لان المراد انه الزم المال من قولها على ما في يدي من الدراهم وكان البضع محترما فالظاهر أن يراد ببدل اسقاط الملك عنه ما هو معتبر والدرهم الواحد وان صدق عليه الجنس الذي صار اليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضو به بخلاف الجمع فانه ذو خطر وهو من محتملات الجنس كالفرد فيحمل عليه جملا دلالة بالمعين المذكور كانه يحمل على الفرد بعين لكونه المتيقن عند عدم ما يعين غيره (قوله على انها بريئة) يعني ان وجدته سلمته والا فلا شئ عليها (قوله وعليها تسليم عينه الخ) هذا فرع صحة التسمية وانما صحت في الخلع لان مبناه على المسامحة بسبب انه اعتياض عن غير مال فالعجز عن تسليمه لا يفضي الى المنازعة في القيمة فتدفع وكذا لو خالعها على عبد الغير صحت ووجب تسليمه ان رضي سيده والا فقيمته وهذا بطريق أولى لانه يجوز التزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع عليه أولى بخلاف البيع لان مبناه على المشاحة فالعجز يفضي اليها وهو لم يشرع الا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه وبخلاف ما اذا خالعته على دابة وعلى أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لان الجهالة متفاحشة لاختلاف الاجناس فلا يمكن ايجاب شئ مسمى بعينه ولا قيمته بخلاف ما نحن فيه لانه يمكن تسليمه أو قيمته وغاية الامر أن يكون كتسمية عبد وسط فاذا صحت التسمية أوجبت تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لانه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه يصح وان كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب أصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما الان وجوب مطلق لشئ يقتضي كماله لان المعيب فائت من وجه فكان الموجب الاصلي هو العيب فاشتراط نفيه اشتراط نفي نفس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثباته ثم اسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك يخل باثبات مقتضاه أو نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشرط فيه عدمها وهو المطلق لا غيره بخلاف أصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي أخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا فاستحق لزمها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه ذكره شمس الائمة ويجب في صورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان الزوج علم بذلك أن لا يجب له شئ كما

محلاة بهما فينبغي أن يجب درهم واحد كما لو حلف أن لا يشتري العبيد أو لا يتزوج النساء لان الجمع المعرف باللام كالمفرد المعرف باللام قلنا انما ينصرف الى الجنس اذا عري عن قرينة دالة على العهد كما في النظير وقد وجدت القرينة الدالة على العهد هنا وهو قولها على ما في يدي وهذا لان الدراهم جمع حقيقة وانما تتعطل معنى الجمعية عند ارادة الجنس للضرورة ولا ضرورة هنا على انه انما ينصرف الى الجنس اذا أمكن حمله على كل الجنس ولم يمكن هنا لاستحالة أن يكون كل الدراهم في يدها (قوله وكلمة من ههنا صلة لا للتبعيض) فكل موضع يصح الكلام بدونه يكون للتبعيض كما في مسئلة الجامع ان كان في يدي من الدراهم فعبده حر وفي كل موضع يختل الكلام بدونه كما في مسئلة الخلع يكون صلة لان قولها خالعني على ما في يدي دراهم بدون من يكون مختلا لان الموضع للتمييز فحذف من هنا يخل بالمقصود بخلاف مسئلة الجامع فان الكلام فيها لا يختل بدونه فاذا ذكر يجعل للتبعيض لتحصل فائدة جديدة (قوله فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه)

الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة اجيب بان العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شئ وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستفحشة لكونها تنتظم انواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق السليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشئ للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله (وعلى هذا النكاح) يعني اذا تزوج امرأة على عبد آبق على انه برئ من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الخ

واذا

(قوله ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب) أقول فان الاصل هناك باق يجوز العقد

واذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) لانها لما طلبت الثلاث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال (وان قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شئ عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف) لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا

قدمنا في الخل المعين اذا ظهر خمرا وهو يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته (قوله فطلقها واحدة) أي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شئ (قوله فعليها ثلث الالف) وبه قال الشافعي وعن مالك تقع بالالف وعند أحمد تقع بغير شئ والدعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بالف وطلب الواحدة بثلثه فاثبته بقوله ان الباء تصحب الاعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة والا لخلا بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض لكن الغرض ان لا تبرع بشئ منه لكن لازم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه لانه اذا كان العلم محيطا بالانقسام في نفس الامر يكون طلب الجملة بعوض طلب كل جزء منه بكل جزء منه لكن يبقى فيه أنه انما هو طلب الطلقة بحصتها حال كونها مع الطلقتين الاخريين لا منفردة فايقاعه الواحدة فقط ايقاع غير المسؤل فيقع بغير شئ وهو وجه قول الامام أحمد فلذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بالف فباع أحدهم بثلثها يجوز باعتبار انه تحصيل بعض المقصود كذا هذا بل اولى فان مقصودها الاصلي ملكها نفسها بقطع ملكه غير أنها ذكرت احدى صورتي ذلك وهو الثلاث بعد علمها بحصة كل منها فابانتها بواحدة تحصيل أصل المقصود في صورة أخرى فهو أولى بجوازه بحصته بخلاف عدم الجواز في قوله بعتك هذه الاعبد الثلاثة بالف كل واحد بثلثها فقبل في واحد لا يجوز على قول أبي حنيفة فانه لمانع وهو تفريق الصفقة فانه ضرر على البائع لان عادة التجار ضم الجيد الى الردئ في الصفقة ليروجوا الردئ فالقبول في بعضها الحاق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها أنت طالق ثلاثا بالف فقبلت في واحدة لا يقع شئ ولا يجب شئ لان الزوج هنالك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفي هذه لم يرض بها الا وان يكون بازائها ألف ولم يوجد منه بعد الايجاب ما يدل على الرضا ولو قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها ثلاثا متفرقة في مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفي الذخيرة قالت طلقني ثلاثا على ألف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمته بازاء الحرمة الغليظة وفي المرغيناني لو قال أنت طالق أربعا بالف فقبلت طلقت ثلاثا بالف ولو قبلت الثلاث بالالف لم يقع وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الامر باليد عن أبي يوسف لو قالت طلقني أربعا بالف فطلقها ثلاثا فهي بالالف ولو طلقها واحدة فبثلث

أي على انه ان وجد العبد تسلم اليه وان لم يوجد فلا شئ عليها لم تبرأ (قوله وله ان كلمة على للشرط) أي تستعمل للشرط لان أصلها اللزوم فاستعير للشرط لانه يلازم الجزاء فصارت طالبة الثلاث بالف بكلمة هي للشرط فصار الطلقات الثلاث شرطا لوجوب الالف فصار كانها قالت ان طلقتني ثلاثا فلك الالف ولا يقال كلمة على دخلت على الالف فكيف يكون الطلاق شرطا قلنا صار كل واحد من الطلاق والمال شرطا لصاحبه فصار دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق بحكم الاتحاد ذكر في المبسوط وأبو حنيفة رحمه الله يقول حرف على للشرط حقيقة لانه حرف التزام ولا مقابلة بين الواقع وبين ما التزم بل بينهما معاقبة كما يكون بين الشرط والجزاء فكان معنى الشرط فيه حقيقة والتمسك بالحقيقة واجب حتى يقوم دليل المجاز واذا كان محمولا على الحقيقة والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله جزاء فجزاء وانما شرطت لوجوب المال عليها ايقاع الثلاث فاذا لم يوقع لا يجب شئ وبه فارق بين البيع والاجارة لان معنى الشرط هنالك تعذر

(واذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف) وكلا مواضع (وان قالت طلقني ثلاثا على الف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شئ عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف) لان الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة (وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء) واذا كان معاوضة انقسم اجزاء العوض على أجزاء المعوض (ولابي حنيفة ان كلمة على للشرط) أي تستعمل للشرط مجازا (قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا) أي بشرط عدم الاشراك بالله

ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذ كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على مامر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق وعلك الرجعة

الالف (قوله وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط) يبين ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفي النهاية لا يتم تعليل أبي حنيفة الاعلى تعليل المبسوط حيث ادعى أنها للشرط حقيقة لانه على تقدير كونها مستعارة للشرط لهما أن يقولا لم صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها لمعنى الباء بل استعارتها لمعنى الباء أولى لان حقيقتها الالزام بالاتفاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم أكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما في المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه اذ لا يعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق أن يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على رأسي وهو محمل اطلاق أهل العربية كونها للاستعلاء وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو قوله يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا أي بشرط ذلك ونحوه أنت طالق على أن تدخلي الدار وما يجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على ألف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على أن أنصرك أو أعطيك أو اشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا تنقسم اجزاؤه على أجزاء مقابله كما لو قالت ان طلقتني ثلاثا فلك ألف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلا بشيء بل المجموع ينزل عند المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما في بالف فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا اذ الشرط لا تتوزع أجزاؤه على أجزاء المشروط بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله فدار الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك ولا يحتاط في اللزوم اذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما في المشترك لا ينفيه اذ غايته انه للزوم القرينة المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص المادة أعني كون مدخولها جسما محسوسا أو غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد أما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك أن الاشتراك الواقع وليس الا لدليله على انه لو سلم دعوى ان المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازي اللزوم ليس باولى من القلب وكون ذلك

اعتباره فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فلذلك جعلنا حرف على فيها بمعنى الباء وقوله في الهداية وله ان كلمة على للشرط يحتمل انه أراد به ماذكر في المبسوط من قول أبي حنيفة رحمه الله ان حرف على للشرط حقيقة ويحتمل أن يريد ان كلمة على في هذا الموضع للشرط لان كلمة على للاستعلاء وضعا يقول زيد على السطح فان تعذر يحمل على الالزام يقول عليه دين فان تعذر يحمل على الشرط لمناسبة بين الشرط والالزام ومعنى الالزام لها بمنزلة الحقيقة لان استعمالها بمعنى الالزام شائع مستفيض وفي الشرط معنى الالزام فيصير كانه للشرط حقيقة ولهذا قال كلمة على للشرط (قوله ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطا) يريد به أن قوله على أن تدخلي الدار يفيد أن الدخول شرط فكذا على ألف والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط فلا حاجة الى العدول عن الحقيقة بخلاف البيع والاجارة فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فيتعذر اعتبار الحقيقة فليستعار بمعنى الباء فان قيل يشكل هذا بما اذا قالت المرأة لزوجها طلقني وفلانة على ألف درهم فطلقها وحدها فكان عليها حصتها من المال بمنزلة مالو التمست بحرف الباء قلنا انما حملت هناك على معنى الباء لانه لا غرض لها في طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها ولها في اشتراط ايقاع الثلاث غرض صحيح (قوله فالمشروط لا يتوزع) على أجزاء الشرط حتى اذا قال أنت طالق ثنتين ان

(ومن قال لامرأته أنت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا) ويجوز المجاز ماذكره المصنف انه استعير للشرط لانه يلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم (واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ماذهبتم اليه مجاز وماذهبنا اليه مجاز آخر وليس أحد المجازين باولى من الآخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز أن يقبله تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازا أقرب الى حقيقته والمجاز الاقرب الى الحقيقة أولى على ماعرف في الاصول (قوله على مامر) أراد به قوله لان حرف الباء يصحب الاعواض (واذا لم يجب المال كان طلاقا مبتدأ غير مبني على سؤالها فوقع وله الرجعة)

(قوله فكانت المناسبة بينهما) أقول أي بين على والشرط (قوله وبين الشرط والجزاء) أقول ي جنسهما ولو

(ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء) لان الزوج مارضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثة بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها أرضى (ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله أنت طالق بالف) ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض ألف يجب لي عليك ومعنى قوله على ألف على شرط ألف

قول أهل العربية لا يرجحه لان أهل الاجتهاد هم أهل العربية وغيرها وأحد من الكل لا ينقل عن الواضع ان المعنى الحقيقي كذا بل ليس حكمهم به الا بناء على ما رأوه متبادرا عند الاطلاق لاهل اللسان ونحن أوجدناك تبادر اللزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر هذا ولو تنزلنا الى كونه في اللزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فنقول لما تعذرت الحقيقة أعني الاستعلاء كان في المجازي أعني اللزوم وهذا المعنى المجازي معنى كلي صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة الى آخر ما قلناه بعينه (قوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف) تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه (قوله ولو قال أنت طالق الى قوله ولا بد من القبول) لو قال أنت طالق بالف أو على ألف أو خلعتك أو بارأتك أو طلقتك بالف أو على ألف يقع على القبول في مجلسها وهو يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها اما تعليقه بالقبول فلان الباء للمعاوضة وقدمنا ان في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول وكذا على عندهما فلا اشكال وعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعله فهو اما القبول أو الاداء ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة فان قلت فلم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها فالجواب صلاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط انه القبول أو الاداء بعد لزوم ارادة أحدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لاصل المال من غير ان يثبت لزومه بل قالوا ما هو أبلغ من هذا وهو لو قال أنت طالق على ان تعطيني ألفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد اما لو قال اذا أعطيتني أو اذا جئتني بالف فلا تطلق حتى تعطيه للتصريح بجعل الاعطاء شرطا بخلافه مع على حتى انه اذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مثله في مسئلة على ان تعطيني دون ان أعطيتني الا أن يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بالف لها عليه وذلك لانه يقال على ان تعطيني منك كذا ويراد قبوله في العرف قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون أي حتى يقبلوا للاجماع على ان بقبولها ينتهي الحرب معهم هذا ثم في قوله ان أعطيتني يشترط الاعطاء في المجلس لوقوع الطلاق وفي قوله اذا أو متى أعطيتني لا حاجة الى الاعطاء في المجلس وهذا يبين ان معنى المعاوضة ملاحظ وان ذكر بصريح الشرط وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم وأما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلانه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها اذا ابتدأت قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقها ولا اضافتها والمبادلات تستدعي جوابا في المجلس فاذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولها اذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ماسنذكره *(فرع)* قال لاجنبية أنت

دخلت هذه الدار وهذه الدار فدخلت احداهما لا تطلق ولو كان متوزعا على أجزاء الشرط لوقعت تطليقة واحدة بمقابلة دخول دار واحدة وهذا لان الشرط علامة وقد جعل الكل علامة فلا يوجد المشروط حتى يوجد الكل ولان العوض يجب بالمعوض فينقسم عليه ولا يجب المشروط بالشرط (قوله ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وهو كقوله أنت طالق بالف) أي في اشتراط القبول (قوله ولا بد من القبول في الوجهين) أي فيما اذا قال أنت طالق بالف وفيما اذا قال أنت طالق على ألف وفي الجامع الصغير للتمرتاشي رحمه الله قال لامرأته أنت طالق بالف أو على ألف أو على أن تعطيني ألفا أو خلعتك على ألف او بارأتك أو طلقتك بالف يقع بالقبول في المجلس وهذا يمين من جهة الزوج فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اذا كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من

وقوله (ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا) ظاهر (ولو قال لها أنت طالق على ألف أو بالف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وقوله لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين

(والعوض لايجب بدون قبوله) ظاهر (وقوله والمعلق بالشرط لاينزل قبل وجوده) يحتاج الى أن يضم اليه و بوجوده يكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت فى المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف و يكون الطلاق بائنا لما قلنا يعنى فى أول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانها لاتسلم المال الا لتسلم لها نفسها (ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت وقع الطلاق ولاشئ عليها عند أبى حنيفة وكذا لو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبلا واذا لم يقبلا لايقع الطلاق والعتاق) و يعلم من هذا ان الخلاف فى موضعين أحدهما

ان المرأة أو العبد اذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند أبى حنيفة ولا معتبر بقبولهما وعندهما يجب على المرأة والعبد المال والثانى انهما اذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لم يقعا (لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك على درهم بمنزلة قولهم بدرهم) والخلع معاوضة فتحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كأنه قال أنت طالق بألف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال كأنه قال أنت طالق فى حال ما يجب لى عليك ألف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف ولابى حنيفة رحمه الله أن قوله وعليك ألف جملة تامة من مبتدا وخبر وكل ماهو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل فى الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا (لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال) بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف

يكون لى عليك والعوض لايجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا (ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد و طلقت المرأة ولاشئ عليهما عند أبى حنيفة) وكذا اذا لم يقبلا (وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل) واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال

طالق على ألف ان تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول الا بعد التزوج ولم يحك خلافا فى جوامع الفقه وغيره جعل هذا قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف اذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت والحق قول أبى حنيفة لانه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده (قوله ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف) أو قالت هى أو العبد طلقنى أو أعتقنى ولك ألف ففى ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد ذكرهما ولاشئ له قبلا أو ردا وفى الثانى يقع اذا أجاب ولاشئ له وقالا لا يقع شئ مالم يقبلا فاذا قبلا وقع ولزمهما المال لهما ان هذا الكلام يقع لقصد المعاوضة حتى ان قوله للخياط خطه ولك درهم وللحمال احمله ولك درهم يفيدها و يلزم المسمى المعلوم بارادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لاحاطة العلم بارادته وطريقة افادة اللفظ لذلك ان تجعل الواو للحال فعنده الحاصل أنت طالق أو خطه فى حال وجوب الالف لى عليك أو لك على ولا يتحقق هذا الحال الا بقبوله فعنده يثبت شرط الطلاق اذ الاحوال شروط فيقع عقيبه ولزم المال فان قيل انما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا قلنا الخلع أيضا معاوضة وله ان قوله وعليك وقولهما ولك ألف جملة تامة والاصل فى الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود ولذا لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق وضرتك طالق تطلق الضرة للحال الا بقرينة تفيد مشاركتها فيه كما فى قوله ان دخلت فانت طالق وعبدى حر فان العتق يتعلق أيضا بالدخول لان قوله وعبدى حر وان كان تاما الا انه فى حق التعليق قاصر لان الخبر الاول لا يصلح خبراله بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه أن يقول وضرتك ان كان غرضه التعليق لان خبر الاول يصلح خبراله ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال ومع عدم اللزوم فالكرام يأبون قبول بدلهما أشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الا معاوضة فلابد فيها من المال حتى لو قال للخياط خطه مقتصرا لزم اذا خاطه أجرة المثل فوجب

جهة المرأة مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها و يصح رجوعها قبل قبول الزوج و يبطل بقيامها عن المجلس ولا يتوقف على البلوغ الى الزوج لانه تكميل المال من جهتها (قوله والطلاق بائن لما قلنا) اشارة الى قوله لانها لاتسلم المال الا لتسلم لها نفسها (قوله اذ الاصل فيها الاستقلال) ألا ترى انه اذا قال ان دخل فلان هذه الدار فانت طالق وضرتك طالق تطلق ضرتها فى الحال لافرادها بالخبر فصارت مستقلة بنفسها ولو قال

(قوله والخلع معاوضة الخ) أقول أى من جهة المرأة فيه بحث اذ قد سبق فى أول الباب ان الخلع يمين من الجانبين عندهما الا أن يكون الكلام الزاميا (قوله لهما ان هذا الكلام الى قوله والخلع معاوضة) أقول كون الخلع معاوضة مسلم الا أن الكلام فى كون هذا التصرف خلعا (قوله فتحمل الواو على معنى الباء) أقول فيه بحث (قوله ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال الى قوله ولا يكون ذلك الا بعد قبولها الخ) أقول اذ الاحوال شروط (قوله ولابى حنيفة رحمه الله الخ) أقول قال ابن الهمام فالواو باقية على المعنى الحقيقى وهو العطف فيكون الزوج بعد الايقاع عطف أخرى هى دعوى المال عليها ابتداء انتهى محصل كلامه ان المال فى الصورتين لا يلزم الا بالاقرار أو البينة

(بخلاف البيع والاجارة لانهما لايوجدان دونه) أى دون المال لكونهما معاوضة

محضة فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلا (ولو قال أنت طالق على ألف على انى بالخيار أو على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت) طلقت فالخيار باطل (اذا كان للزوج وجائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار فى الثلاث بطل الطلاق وان أجازت) الطلاق أو لم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق (ولزمها الالف عند أبى حنيفة وقالا الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها الالف لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لان التصرفين) يعنى ايجاب الزوج وقبول المرأة لايحتملان الفسخ من الجانبين أما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرط و جزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ وأما من جانبها فلأن قبول المرأة شرط تمام اليمين فان يمين الزوج تتم بقبول المرأة فاخذ قبولها حكم اليمين فى عدم احتمال الفسخ

وهما منفردان هنا اذ القبول ليس باقرار (قوله فقبلت طلقت فالخيار باطل اذا كان للزوج) أقول العبارة المرتبة هكذا فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وطلقت والا فقوله جائز عطف على باطل فتأمل كيف يكون المعنى فالاصوب تأخير طلقت عن قوله للزوج حتى لا يلزم المحذور

بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه (ولو قال أنت طالق على ألف على انى بالخيار أو على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار فى الثلاث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف) وهذا عند أبى حنيفة (وقالا الخيار باطل فى الوجهين والطلاق واقع وعليها ألف درهم) لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لايحتملان الفسخ من

بقاء الواو على المعنى الحقيقى وهو العطف فيكون الزوج بعد الايقاع عطف أخرى هى دعوى مال عليهما ابتداء وفى قولهما ولك ألف ايجاب صلة مبتدأة وعدا منهما والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما بلا بدل بخلاف قوله أد الى ألفا وأنت حر لان أول كلامه غير مفيد حكما معتبرا الا بآخره اذ لا معنى لامره باداتها من غير موجب والقرينة فى حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق باداء المال فيتوقف الوقوع عليه أما ههنا فاول الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهرا وكذا منها لانه التماس صحيح كثيرا ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره واعلم ان جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الانشاء وهو ممتنع على ماذكروه فى الاصول فيجب أن يكون واو الاستئناف وحينئذ ان ادعى انها حقيقة فيه تبادر اليه المنع فيحتاج فى ترجيحه على الحال الى دليل والجواب ان احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل و باحدهما يلزم المال و بالآخر لا فلا يلزم بالشك على انا نمنع كون جملة أنت طالق انشائية وكذا أنت حر وقدمنا فى باب ايقاع الطلاق الدلالة على انها اخبرية والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجع اليه (قوله فقبلت) أى الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار (فالخيار باطل اذا كان للزوج) فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق و يلزمها المال (وهو جائز اذا كان للمرأة) فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تمضى الايام فاذا كان ذلك وقع ولزمها المال (فان ردت الخيار فى الايام يبطل) الطلاق ولزوم المال (وهذا) التفصيل كله (عند أبى حنيفة) ولا يخفى ان العبارة الجيدة أن يقال فان ردت اختيار الطلاق بان قالت لا أختار الطلاق وعبارة قاضيخان فان ردت الطلاق (وقالا الخيار فى الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها) وعليها المال (وجه قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد) لانه لم يشرع الا فى عقد لازم كالبيع والكتابة (لا للمنع من الانعقاد والتصرفان) أعنى ايجابه وقبولها (لايحتملان الفسخ (من الجانبين) أى لا منه ولا منها (لانه فى جانبه يمين) اذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال (وفى جانبها شرطه) أى شرط هذه اليمين بتاويل الحلف فاذا قبلت كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين اذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ولم يمكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين واذا بطل

ان دخل فلان الدار فانت طالق وعبدى حر فان العتق يتعلق أيضا بالدخول لان قوله وعبدى حر وان كان تاما لكنه فى حق التعليق قاصر لان خبر الاول لا يصلح خبرا بخلاف مسئلة الضرة لانه يكفيه أن يقول وضرتك ان كان غرضه التعليق لان خبر الاول يصلح خبراله ولا دلالة هنا لان الطلاق والعتاق شرعا بمال و بغيره والكرام يأبون قبول بدل الخلع أشد الاباء بخلاف الاجارة لانها لم تشرع الا معاوضة فصلحت دلالة أولانه لما تردد بين الشرط والابتداء لا يجب المال بالشك بخلاف قوله أد الى ألفا وأنت حر لان أول كلامه غير مفيد شيأ الا بآخره فانه يصير به تعليقا للعتق باداء المال وههنا أول الكلام ان صدر من الزوج بان قال أنت طالق وعليك ألف درهم كان ايقاعا فيدا بدون آخره فلا حاجة الى أن يحمله على الحال وان صدر منها فهو التماس صحيح منها على ماذكرنا فلهذا لا يحمل على واو الحال كذا ذكره الامام شمس الائمة السرخسى رحمة الله تعالى عليه (قوله والتصرفان) وهما ايجاب الزوج وقبول المرأة أما ايجاب الزوج فانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ وأما قبول المرأة فانه شرط اليمين وكما ان اليمين لا يقبل الفسخ فشرطها لا يقبل الفسخ أيضا ولابى حنيفة رحمه الله ان الخلع من جانبها معاوضة حتى يصح رجوعها قبل قبول الزوج ولا يتوقف على ماوراء المجلس وأما قبولها فمن جانبها شرط اليمين قلنا نعم قبول المرأة شرط فى حق الزوج فاما فى

(قوله فان يمين الزوج تتم الخ) أقول فحق ترتيب الاثر

(ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع) ألا ترى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه وأما في جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ماوراء المجلس ولا خيار في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ أجيب بان كونه شرط يمين لا يمنع أن يكون تمليكا في نفسه كمن قال لآخر ان بعتك هذا

الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرطها ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ماوراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ماوراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري) ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه أما البيع فلا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

انبرم ماشرط فيه (وله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع) يعني معاوضة (ولذا صح رجوعها) عنه اذا ابتدأت قبل أن يقبل هو (ولا يتوقف على ماوراء المجلس) بالاتفاق بيننا حتى لو قامت فقبل هو أو قامت ثم قبلت فيما اذا كان هو المبتدي لا يصح ولو ذكرته بصريح الشرط في الكافي للحاكم أبي الفضل اذا قالت ان طلقتني ثلاثا فلك علي ألف فان فعل في المجلس فله الالف وان فعله بعده فلا شئ له (وفي جانبه يمين) كما قالا حتى لا يصح رجوعه بعد قوله أنت أو هي طالق على كذا أو بكذا (ويتوقف على ماوراء المجلس) فلا يبطل الآن ينقضي مجلس خطابها أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن يقبل ويصح تعليقه واضافته حتى لو قال اذا جاء غد فقد خالعتك على الف أو فقد طلقتك على ألف وقبلت في الغد في مجلس علمها وقع ولزمها المال ولا يصح قبولها قبل الغد لان نفس الايجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله ولا يصح القبول قبل الايجاب (ولا خيار في الايمان) فبطل خياره ويصح في البيع فيصح خيارها وكونه شرط يمينه لا يبطل حقيقته في نفسه ألا ترى انه لو قال ان بعتك هذا فعبدي حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار بخلاف مالو قال ان دخلت فانت طالق على انك بالخيار ولا يصح لانه خيار في الطلاق لا معاوضة فان قيل ثبوت الخيار في البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص فان ثبوته في البيع لدفع الغبن في الاموال والغبن في النفوس أضر والحاجة الى التروي فيه أكثر فانه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبدا وهذا المعنى يقف عليه كل لغوي بعد علمه بشرعيته في البيع فكان بدلالة النص (قوله وجانب العبد في العتاق) أي على مال (كجانبها في الطلاق) فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال أنت حر على ألف على انك بالخيار ثلاثة أيام *(فرع)* من صور تعليق الخلع أن يقول ان دخلت الدار فقد خلعتك على ألف فتراضيا عليه ففعلت صح الخلع ذكره في علامة السين من التجنيس لان التعليق من الزوج يجوز لانه طلاق وهذا يفيد أن قبولها قبل الشرط وفي الوجيز اذا قال اذا قدم فلان فقد خالعتك على ألف واذا جاء غد الخ كان القبول اليها بعد مجيء الوقت وقدوم فلان (قوله فالقول قول الزوج) أي مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك حق نفسه فتمليك مال جعل شرطا كرجل قال لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدي الآخر هذا حر انه معلق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة عن أن يكون شرطا لليمين فكذا هذا (قوله ومن قال لامرأته طلقتك أمس) الى قوله ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه والقبول شرط الحنث فتم اليمين بلا قبول فلا يكون الاقرار باليمين اقرارا بشرط الحنث لصحتها بدونه فصار القول قوله لان الزوجين اذا اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج لانه منكر وأما البيع فايجاب وقبول ولا صحة لاحدهما بدون الآخر فصار

العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حر انه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة أن يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا لان كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو انه تمليك مال (وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق) يعني يصح الخيار من العبد اذا خيره المولى في الاعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه) فانه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه (والاقرار به) أي باليمين على تاويل الحلف أو المذكور (لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته) أي لصحة اليمين (بدونه) أي بدون الشرط (أما البيع فلا يتم الا بالقبول) ولهذا يملك الرجوع قبل القبول (فالاقرار به) أي بالبيع (اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه) عن الاقرار وهو غير مسموع

قال

(قوله أجيب بان كونه شرط يمين الخ) أقول فيه بحث فانه اذا باع العبد فيما ذكره من الصورة بالخيار يعتق العبد سواء فسخ البيع بعده بحكم الخيار أو لا فيجوز شرط اليمين وذلك مراده بعدم قبول شرط اليمين الفسخ فالظاهر منع وجود الشرط اذ الشرط هو القبول الموجب لوجوب

قال (والمبارأة كالخلع) المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة والخلع (كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح)

قال (والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة) وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة

أمس على ألف اقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه والموجود بعد هذا منه ومنها الخلاف في وجود الشرط وهي تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر غير مناقض اذ لم يقتض انكاره القبول رجوعه عن شئ مما أقر به والقول للمنكر بخلاف قوله بعتك فانه اقرار بقبول المشتري اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما أقر به فلا يقبل حتى لو كان قال لها بعتك طلاقك أمس فلم تقبلي فقالت بل قبلت كان القول قولها وقوله لعبده أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل و بعتك أمس نفسك بالف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة أخوات في كتب محمد رحمه الله تعالى هي قال لها قد طلقتك واحدة بالف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بالف فطلقتني واحدة فلك ثلثها لقول للمرأة مع يمينها فان أقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع أو قالت اختلعت بغير شئ فالقول قولها والبينة بينة الزوج أما اذا اتفقا أنها سألته أن يطلقها ثلاثا بألف وقالت طلقتني واحدة وقال هو ثلاثا فالقول قوله ان كانا في المجلس ألا ترى انه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤالها الثلاث بألف كان له الالف فغاية هذا أن يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون مثله وان كان في غير ذلك المجلس لزمها الثلاث وان كانت في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا ثلث الالف وان قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف فطلقتني واحدة فلا شئ لك يعني على قول أبي حنيفة وقال هو بل سألتني واحدة على ألف فطلقتكها فالقول قولها على قول أبي حنيفة رضي الله عنه وان قالت سألتك ثلاثا بالف فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره فقال بل الثلاث فيه فالقول لها وان قالت سألتك أن تطلقني أنا وضرتي على ألف فطلقتني وحدي وقال طلقتها معك وقد افترقا عن ذلك المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس وفي مسئلة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه وهو انه اذا خلع امرأتيه على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجهما عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على ألف أو بالف فطلق احداهما لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى في ذلك المجلس أيضا لزمها أيضا حصتها الا أن الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقها بعد ما افترقوا فلا شئ له واذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فاقامت بينة فشهد أحدهما بالالف والآخر بالف وخمسمائة أو اختلفا في جنس الجعل فالشهادة باطلة وان كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد شاهديه بالف والآخر بالف وخمسمائة والزوج يدعي ألفا وخمسمائة جاز شهادتهما على ألف وان ادعى ألفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره وكذا لا تجوز شهادتهما اذا اختلفا في جنس الجعل أيضا الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل لكلام محمد رحمه الله ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول لها عندنا وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان (قوله والمبارأة كالخلع) بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب وهو أن يقول بارأتك على ألف وتقبل وقوله (يسقطان كل حق الى آخره) مقيد

الاقرار بالبيع اقرار بما لا يتم الا به فاذا أنكره فقد رجع عما أقر به فلا يصدق حتى لو قال لها بعتك طلاقك أمس فلم تقبلي فقالت قبلت فكان القول قولها كما في بيع العروض وكذا لو قال لعبده بعتك نفسك بالف ولم تقبل وقال العبد قبلت كان القول قول المولى وهذا والطلاق سواء (قوله والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) أي من الحقوق الواجبة بالنكاح

كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمبارأة النفقة والسكنى مادامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا (عند أبي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة) فلو كان مهرها ألفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشئ في قول أبي حنيفة وفي قولهما ترجع عليه بار بعمائة ولو كانت قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى الزوج ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشئ وان كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشئ من المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما وأما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها

الالف عليها و ظاهر ان وجوبه بعد سقوط الخيار وهذا مآل كلام الشارح آخرا فليتامل (قوله كلاهما يسقط الخ) أقول كلاهما مبتدأ (قوله والنفقة الماضية) أقول المفروضة (قوله سوى الصداق) أقول بالاتفاق (قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني شرح تاج الشريعة

لمحمد ان هذه معاوضة وفى المعاوضات يعتبر المشروط لاغيره ولابى يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة

بالمهر والنفقة الماضية اذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى فى العدة لاتقع البراءة منهما وان كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى الا ان اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لانها حق الشرع وطلاق جواب المسئلة يقتضى سقوط المهر فى جميع الصور سواء سميا شيأ فى الخلع أولا وليس كذلك وجملته انهما اما أن لايسميا شيا بان يقول خالعتك فقبلت ولم يذكرا شيأ أوسميا المهر أو بعضه أو مالا آخر فان لم يسميا شيا ففيه ثلاث روايات احداها لايبرأ الزوج عن المهر حتى تاخذه ان لم يكن مقبوضا والثانية يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواه والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لاغير فلا يطالب به أحدهما الآخر وهو الصحيح على قول أبى حنيفة سواء كان قبل الدخول أو بعده مقبوضا كان أولا حتى لاترجع عليه بشئ ان لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها به ان كان مقبوضا كله والخلع قبل الدخول وهذا لان المال مذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ماهو من حقوق النكاح بقرينة ان المراد الانخلاع منه وان سميا المهر فان كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها بجميعها بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان مقبوضا فى القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفا رجع بالف وخمسمائة وفى الاستحسان بالمقبوض فقط لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت مالا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضيخان قيل وينبغى ان لايجب الا النصف بالشرط ويسقط الباقى بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر حيث لايجب عليها رد شئ منه وسياتى وكما اذا سميا بعض المهر فانه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط الباقى بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغى أن يجب كل المسمى بالشرط لان المهر اسم لما صحت تسميته فى العقد غير انه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشتراط المهر له كان قبل الطلاق فينصرف الى تمامه فاذا كانت قبضته ووقع الطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط وان لم يكن مقبوضا فى القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لانه يستحق قدره بالشرط وهى تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفى الاستحسان لايرجع عليها بشئ لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فيجب لها ذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا وان سميا بعض المهر بان خالعها على عشره مثلا والمهر ألف فان كان بعد الدخول وكله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقى لها وان كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقى بحكم الخلع وان كان قبل الدخول وكله مقبوض ففى القياس يرجع عليها بستمائة مائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفى الاستحسان يرجع عليها بخمسين لانه عشر مهرها قبل الدخول وترث المرأة عن الباقى بحكم لفظ الخلع وعلى ما بحثناه ينبغى ان يرجع بمائة وان لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشره بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقى بحكم الخلع وان سميا مالا آخر غير المهر فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شئ منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا جئنا الى الخلافية (وجه قول محمد رحمه الله ان هذه معاوضة) وأثر المعاوضة ليس الا فى وجوب المسمى لافى اسقاط غيره وصار كما اذا وقع بلفظ الطلاق على مال ولذا لايسقط دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر (ولابى يوسف ان المبارأة من البراءة

حتى لو اختلعت منه بشئ مسمى معروف ولها عليه مهر وقد دخل بها أولا لزمها ما سمته وكان المهر للزوج وكذا لو أخذت المهر منه ثم خالعها قبل أن يدخل بها على شئ فهو جائز والمهر كله لها وكذا لو بارأها على شئ لايتبع

بنصف المهر عند أبى حنيفة خلافا لهما واما اذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب فى الخلع عنده وعند أبى يوسف الجواب فيه كالجواب فى الخلع عند أبى حنيفة (لمحمد أن هذه) أى كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفى المعاوضات يعتبر المشروط لاغير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب آخر أو عين فى يده لايسقط بهما شئ من ذلك ونفقة عدتها لاتسقط وان كانت من حقوق النكاح (ولابى يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة) والمفاعلة تقتضى الفعل من الجانبين وذلك يقتضى براءة كل واحد منهما عن الآخر

فتقتضيها

فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نقض النكاح ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابى حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما فى النكاح وأحكامه وحقوقه

فتقتضى البراءة من الجانبين وانه مطلق) فى كل دين الا أنا (قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض) فان الغرض المبارأة من متعلقاته أما الخلع فانما يقتضى فصلا وانخلاعا وحقيقته تحقق فى حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الخلع صلح وضع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح فتمام تحقق مقصوده بجعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والاعاد على موضوعه بالنقض لان لفظه ولفظ المبارأة يفيد اطلاقهما ذلك فى المبارأة كما قال أبو يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون أحدهما بعينه فانه اذا انخلع أحدهما عن الآخر على وجه الكمال بان ينخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر بموجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح على أن على رواية الحسن عن أبى حنيفة أن الطلاق على مال كالخلع يسقط به ما يسقط بالخلع وبخلاف دين آخر لان شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لامطلقا وبخلاف نفقة العدة فانها ليست من مواجب النكاح بل يحدث وجوب تعلقها بعده حتى لو شرطا سقوطها فى الخلع سقطت باعتبار ما تستحقه وقت الخلع والباقى سقط تبعا فى ضمن الخلع أما ولو لم تسقطها حتى اختلعت ثم أسقطت لاتسقط لاسقاطها حينئذ قصدا لما لم يجب فانها انما تجب شيا فشيا بخلاف ذلك الاسقاط الضمنى وأما السكنى فلما كانت فى غير بيت الطلاق معصية لايصح اسقاطها بحال الا ان أبرأته عن مؤنة السكنى بان كانت ساكنة فى بيت نفسها أو انها تعطى الاجرة من مالها فانه يصح حينئذ التزامها ذلك وفى القنية الابراء وجد بعد وجود سبب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قيل ما سبق هو الصحيح وما ذكره فى القنية يبطل بالابراء بعد الخلع فانه لايصح لكن فى الينابيع لو أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكره الطحاوى انتهى بخلاف الابراء منها حال قيام النكاح لان الابراء من النفقة المستقبلة لايصح هذا ولقائل أن يقول الوجه الاول يقتضى سقوط المهر بالطلاق على مال والثانى يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لانه يفيد انطلاقها أى المرأة وانطلاقها عن الزوج يوجب مثله فى حقه وتحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بموجب النكاح كما قلنا فى الخلع بعينه فالذى يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه الاول والتزام رواية الحسن عن أبى حنيفة فى الطلاق على مال أنه أيضا يسقط المهر كالخلع والا فالحال ما علمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء أى بان قال بعتك نفسك بالف فقالت اشتريت اختلف المشايخ فى انه على قول أبى حنيفة رضى الله عنه كالخلع والمبارأة أولا وصحح فى الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمبارأة وترجيح قول محمد رحمه الله تعالى بانه عقد معاوضة فلا يزاد على ما تراضيا عليه واللفظ وان كان ينبئ عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضيا به فكيف يسقط غيره ذهول عن التحقيق فانه اذا أنبأ عن الانفصال فى متعلقات النكاح واقتضى ذلك ان تسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضى على اثباته بمال فقد وقع التراضى على اثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة *(تنبيه)* لايسقط المهر بخلع الاجنبى بمال نفسه لانه لاولاية للاجنبى فى اسقاط حقها ذكره شمس الائمة وكذا الامة اذا اختلعت من

أحدهما صاحبه بشئ من المهر وكذا لو قبضت منه نصف المهر أو أقل أو أكثر ثم اختلعت منه بدراهم مسماة أو بثوب معروف قبل أن يدخل بها فللزوج ما سمت له فى الخلع ولا سبيل لاحدهما على صاحبه من المهر وكذا لو وقع على مائة درهم من المهر والمهر كله على الزوج أوفى يد المرأة لايتبع صاحبه بشئ من المهر وكذا لو كان

(وانه) أى لفظ البراءة على ما قيل أو على تاويل المذكور (مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض) وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة كذا فى بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل فى نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام (ولابى حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل) وهو انفصال العامل عنه والفصل لايكون الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه لازمته وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح كالمبارأة فيعمل بالاطلاق (كما فى المبارأة فى النكاح وأحكامه وحقوقه) قولا بكمال الفصل ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به وانما تجب بعده شيا فشيا

(قوله ونفقة العدة لم تكن واجبة الخ) أقول جواب سؤال

قال (ومن خلع ابنته وهى صغيرة بمالها لم يجز عليها) لانه لا نظر لها فيه اذ البضع فى حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث

زوجها بغير اذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع فى بدل الخلع وفيما اذا كان بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وأم الولد والمدبرة فى الاذن يؤديان من كسبهما *(فروع)* اذا شرطا بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهى مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفى المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم يبين المدة وترضع حولين اه بخلاف الفطيم وفى الخلاصة امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشرا بنفقته صح الخلع ويجب ذلك وان كان مجهولا يعنى قدر النفقة وهذا لما علمت ان الجهالة غير المتفاحشة متحملة فى الخلع فان تركته على زوجها وهرب فللزوج ان يأخذ قيمة النفقة منها ولها ان تطالبه بكسوة الصبى الا ان اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة وان كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا أو فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببدل الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استأجرها به على امساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفى المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى فى امرأة اختلعت من زوجها بمالها عليه من المهر وبرضاع ولده الذى هى حامل به اذا ولدته الى سنتين جاز فان مات أو لم يكن فى بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا اذا ماتت هى عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ونفقة باقى السنين الا ان قالت عند الخلع ان مات أو مت فلا شئ على فهو على ما شرطت قاله أبو يوسف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح فى الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك الولد فى تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شئ يصح ولو خالعته على نفقة ولده عشرا وهى معسرة فطالبته بنفقته يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتماد لا على ما أفتاه بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها بما لها عليه من المهر ثم تذكر أنه لم يبق عليه شئ من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ومثله لو خالعها على عبدها الذى لها عنده أو متاعها ثم ظهر ان ليس فى يده شئ وقع على مهرها فان لم تكن قبضته سقط وان قبضته ردته أو مثله أو قيمته ولو خالعها بمهرها وهو يعلم ان ليس لها عليه مهر وقع بائنا مجانا ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم انه لا مهر لها وقع رجعيا مجانا (قوله لم يجز عليها) يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كأن الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صرح بان الاصح وقوعه تعين أن المراد الثانى وهذا لانه لا نظر لها فيه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لانه فى معنى التبرع بمالها (قوله بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول) فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر فى مال الابن لانه أعطى المتقوم من ماله بمتقوم (قوله ولهذا يعتبر خلع المريضة) متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج وقدمنا فى أول الباب أن الواجب للزوج ان ماتت فى العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث

المهر عبدا بعينه فى يده أو فى يدها وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله تعالى لا يسقط فيهما الا ما سماه وأيهما كان له قبل صاحبه شئ من المهر رده عليه وأبو يوسف مع محمد رحمه الله فى الخلع ومع أبى حنيفة رحمه الله فى المبارأة وأما نفقة العدة فان شرطت فى الخلع والمبارأة يسقط اجماعا والا لا يسقط اجماعا وأما نفقة الولد وهى مؤنة الرضاع فلا تقع البراءة عنها ان لم يشترط ذلك فى الخلع والمبارأة اجماعا وان شرطت ان وقت لذلك وقت كسنة ونحوها جاز وان لم يوقت لم يجز ولم تقع البراءة عنها (قوله ثم يقع الطلاق فى رواية) لانه علق الطلاق بقبول الاب ولو علق الطلاق بشرط وهو فعل الاب كدخول الدار يقع الطلاق ان وجد الشرط

(ومن خلع ابنته وهى صغيرة بمالها لم يجز عليها) لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه أى فى هذا الخلع (لان البضع فى حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث) والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر فى شئ (بخلاف النكاح) فان الرجل اذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهو من وجوه النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق أو لا يقع فيه روايتان فى رواية يقع وفى أخرى لا يقع ومنشأ الروايتين قول محمد فى الكتاب لم يجز فانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق وان ينصرف الى لزوم المال والصحيح أن الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص عليه فى المنتقى فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت أو قالت الصغيرة لزوجها اخلعنى على مهرى ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره

(قوله وقع الطلاق بغير بدل) أقول فكذا اذا

المصنف فقال (والاول أصح لانه تعليق بشرط قبوله) أى قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار وغيره وفى ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع فى معنى اليمين والايمان لا تجزى فيها النيابة ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين يصح من كل واحد (وان خالعها على ألف على انه) أى الاب (ضامن فالخلع واقع والالف عليه) أى على الاب ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها أحد ووجه ذلك ما ذكره (ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح) لكونه فى معنى المختلعة فى عدم دخول شئ يقابل البدل فى ملكه (فعلى الاب أولى) وذكر فى وجه الاولوية (٧٩) ان للاب ولاية التصرف فى مال ولده الصغير بيعا

ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق فى رواية وفى رواية لا يقع والاول أصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط (وان خالعها على ألف على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب) لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح فعلى الاب أولى

وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت فى العدة فان ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث (قوله ونكاح المريض الخ) متصل بانه متقوم حال الدخول (قوله والاول أصح) نص عليه فى المنتقى ووجهه ما ذكر من أنه تعليق بقبول الاب وقد وجد الشرط وما ذكر فى وجه الرواية الاخرى من أن الاب لما لم يضمن المال صار كانه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل من ان الخلع فى معنى اليمين والايمان لا تجزى فيها النيابة فالملازمة الاولى ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غير صحيح بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل أحد هذا اذا قبل الاب فان قبلت وهى عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفى جوامع الفقه طلقها بمهرها وهى صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة ولا يبرأ وان قبل أبوها أو أجنبى روى هشام عن محمد رحمه الله انه يقع وروى الهندوانى عن محمد انه لا يقع ولو بلغت فاجازت جاز (قوله على انه) أى الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها (فالخلع واقع) سواء خلعها الاب على مهرها وضمنه أو ألف مثلا (فيجب الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح فعلى الاب) وانه يملك التصرف فى نفسها ومالها بالاقراض والايداع والاجارة والابضاع (أولى) بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الاجنبى لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط الملك فى الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبى والاب مثلها فى انه لم يحصل لها شئ بخلاف العبد فانه حصل

كذا هنا وفى رواية لا يقع الطلاق الا اذا قبلت الصغيرة لان الاب اذا لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعا مع البنت كانه خاطب البنت بذلك فيتوقف على قبولها والاول أصح (قوله وان خلعها على ألف) وهى صغيرة على ان الاب ضامن للالف فالخلع واقع والالف عليه ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق مالا على الصغيرة فلا يكون كفالة ولكن المراد ههنا بالضمان التزام المال ابتداء لا بجهة الكفالة وان لم يكن الضمان شرطا فى الخلع وكان معطوفا لم يصح الخلع والضمان ولم تطلق (قوله لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح فعلى الاب أولى) وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف فى مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وابضاعا وايداعا ولا ولاية للاجنبى عليه وانما جاز اشتراط بدل الخلع على الاجنبى ولم يجز اشتراط بدل العتق لان الاجنبى بمنزلة المرأة فى الخلع من حيث ان المال يجب على المرأة فى الخلع من غير أن يسلم لها شئ لان

وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذا التصرف من الاجنبى ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبى مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات فى مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك أولى وفيه تامل فان التصرف فى مال الصغير انما يؤثر فى الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك وكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى أن يقال الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر أو نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان التزام بدله من الاجنبى صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها أولى فان قلت على ما ذكرت من كون الاجنبى فى معنى المرأة فى عدم دخول شئ يقابل البدل فى ملكه يجب أن يصح اعتاق الرجل عبده على مال على الاجنبى كما يصح على ماله عليه لانه لا يدخل فى ملك الاجنبى شئ كالعبد وليس كذلك قلت تحصل للعبد حرية نفسه التى هى حياة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبى كذلك لا يقال فى الخلع أيضا تحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الاجنبى كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع برفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شئ بخلاف العتق (قوله ولا يسقط مهرها) يعنى وان كان الخلع يسقطه (لانه لم يدخل تحت ولاية الاب) لانه ليس من النظر وولايته نظرية

(قوله وان خالعها على انه أى الاب ضامن الخ) أقول فيه بحث فان المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجود الشرط كما تقدم وهنا لم يوجد الشرط لان وجوده بوجود الالف ولم يوجد بقبوله وجوابه ان هذا مثل الخلع على ما فى يدها فان الاب لم يكن غارا له اذ الجهل ليس بعذر تامل ومن المعلوم انه لا يجب فى مالها شئ فى أمثاله (قوله كما يصح على ماله عليه) أقول ضمير عليه راجع الى العبد

ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب (وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول فان قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لانها ليست من أهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان (وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت

ماذكرناه والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا أن البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها (ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل فى ولاية الاب) فاذا بلغت تأخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن أو ترجع هى على الاب ولا يرجع هو على الزوج ولو كان المهر عينا أخذته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الاب الضامن بقيمته (قوله وان شرط) أى لو شرط الزوج الالف عليها (توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) بان تكون مميزة وهى أهلية المرأة لقبول بدل الخلع ان شرط بان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال لانها ليست من أهل الغرامة ذا البينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال ألا يرى الى بينونتها بدونه فيما اذا سمت خمرا ونحوه وان قبله لاب بدونه عنها ففى وقوع الطلاق روايتان فى رواية يصح لانه نفع محض اذ تتخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة وفى أخرى لا يصح لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح (قوله وكذا ان خالعها) أى خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ماقلنا آنفا فان قبلت وقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين مالم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تأويل المسئلة أن يخالعها على مال مثل مهرها أما على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان الخلع على

الطلاق ازالة لملك المتعة واسقاط لعقد النكاح لان ملك النكاح ضرورى يظهر فى حق الاسقاط فحسب فلم يحصل لها فى الطلاق شئ ليصير اثباتا فنزل الاجنبى فى تحمل ذلك المال منزلتها حيث لا يسلم لكل شئ وأما فى العتق فالمال شرع على العبد باداء ماسلم له من القوة اذ هو عبارة عنها يقال عتق الطير اذا قوى وعتقت البكر اذا قربت وأدركت فصار الاعتاق اثباتا للقوة الشرعية بعدما كانت معدومة والقوة معنى يثبت فيه فلا يجوز أن يكون هو حاصلا للعبد ثابتا فيه وعوضه مستحق على غيره فصار كالبيع فلا ينزل الاجنبى منزلته فى ذلك ولهذا الزمته قيمته فى العتق على الجبر واعتاق أحد الشريكين واعتاق الراهن المستعير ولا يقال بانه حصل لها الخلاص عن قيد النكاح وهو نوع قوة فكان كالاعتاق لان الطلاق لرفع النكاح والنكاح يوجب قيدا ولا يسلب المالكية والاعتاق لازالة الرق وهو ثابت فى المحل على الكمال وسلطان المالكية ساقط به فصار الاعتاق اثباتا للقوة بعد العدم والطلاق ازالة للقيد لتعمل القوة عملها فصح انه اسقاط والاعتاق اثبات (قوله ان كانت من أهل القبول) بان كانت تعقل العقد وتعبر عن نفسها (قوله وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان لم تقبل وقبل الاب عنها هل يقع الطلاق فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف طلقت لوجود قبوله وهو الشرط) ثم قيل تأويل المسئلة ان خالعها على مال مثل مهرها أما لو خالعها على الصداق لم يجز الخلع أصلا لانه مال مملوك وليس للاب ولاية ابطال ملكها باداء ماليس بمتقوم ولا معتبر بضمانه فى ذلك والاصح ان الخلع على مهرها وعلى مال مثل مهرها سواء لانه وان سمى المهر فى الخلع فانما يتناول العقد مثله وضمان الاب اياه صحيح فبعد ذلك ينظر ان كان المهر ألف درهم لزمه الالف قياسا ان كان قبل الدخول وفى الاستحسان لزمه خمسمائة ولها على الزوج خمسمائة وأصله ان المرأة الكبيرة اذا تزوجت بالف ثم اختلعت بالف قبل الوطء ففى القياس عليها خمسمائة زائدة وفى الاستحسان لاشئ عليها الا ان العادة جرت بين الناس انهم يريدون به ما يلزمه لها او بدل الخلع اذا

وقوله (وان شرط الالف) يعنى ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة (توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول) بان تعقل العقد وتعبر عن نفسها (فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من أهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه) أى فى هذا القبول (روايتان) فى رواية يصح لان هذا نفع محض للصغيرة لان الصغيرة تتخلص من عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة كذا فى مبسوط فخر الاسلام وفيه نظر وفى رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة (وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت

ولا

ولا يسقط المهر) لوجود الشرط وهو القبول وليست من أهل الغرامة (وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين) فى رواية يصح وفى أخرى لا يصح ووجه الروايتين ماذكرناه آنفا (وان ضمن الاب المهر) أى التزم يعنى اذا خالع الاب مع الزوج والتزم المهر على ذمته (وهو ألف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا) لان فرض المسئلة فيما اذا كانت غير ملموسة وكان المهر ألفا فاضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح فى الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكأنه خالعها على خمسمائة صريحا (وفى القياس يلزمه الالف) بحكم الضمان واعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو ألف درهم اذا صح لا يخلو من أحد الامرين اما أن تكون مدخولا بها أولا فان كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان ألف درهم وان لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لان النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب ألف درهم بحكم الضمان فى القياس وأما فى الاستحسان

ولا يسقط المهر) وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين (وان ضمن الاب المهر وهو ألف درهم طلقت) لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفى القياس يلزمه الالف وأصله فى الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففى القياس عليها خمسمائة زائدة وفى الاستحسان لاشئ عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم ينظر ان كان مهرها ألفا والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب لزم خمسمائة وفى القياس يلزمه الالف وأصله ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه فى القياس يجب خمسمائة لانه وجب له عليها ألف بالشرط وهى وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فيبقى عليها خمسمائة له وفى الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شئ لان المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب له خمسمائة بالشرط وتبرأ عن الباقى بحكم الخلع هذا على خلاف ماذكره قاضيخان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب أن يقول اذا خلعها على مهرها وهو ألف لا كما قال على ألف ومهرها ألف فانه اذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير أنه اتفق انه مثل المهر ولا أثر لذلك والحكم فيه اذا كان قبل الدخول وجب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا وسلامته لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشئ كما قدمناه فى التقسيم واذ قد وقع الكلام فى خلع الاجنبى فلا بد من ذكر نبذة منه واعلم أن الاجنبى اذا خاطب الزوج فاما أن يضيف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه اياه أو يرسله أو يضيفه الى غيره فان أضافه الى نفسه كذلك بان قال اخلعها على عبدى هذا أو ألفى هذه أو على ألف على أو على انى ضامن ففعل فالخلع واقع والمسمى عليه فان استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا الى قبوله بل يكفى الامر منه لان الواحد يتولى طرفى الخلع كما فى النكاح بخلاف مالو قال اختلعت نفسك منى فقالت فعلت قيل لا يصح بلا قبول

أضيف الى أجنبى شرط قبوله وان أضيف الى المرأة أو الى الغير لكن المرأة خاطبت أو لم يضف الى أحد شرط قبولها لانها أولى اذ الملك يسقط عنها (قوله وان قبل الاب عنها ففيه روايتان) هذا القبول هو فى معنى الشرط فى رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة وفى رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين وذا لا يحتمل النيابة وهذا اصح والله أعلم

فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الآخر الذى ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم تقبض المهر وأما اذا قبضت المهر كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود (وأصل هذه المسئلة فى الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف) ولم تقبض شيئا (فالقياس أن يجب عليها خمسمائة) للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لان لها

على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتميما للالف التى التزمتها (وفى الاستحسان لاشئ عليها) لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شئ زائد على ذلك وأما اذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الالف وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفى الاستحسان ترد الالف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وقوله (زائدة) بالجر لان الصفة تتبع المضاف اليه فى الاعراب كما فى قوله تعالى سبع بقرات سمان كذا فى النهاية وقال هكذا أفاد شيخى مرارا والله أعلم

(قوله وفيه نظر) أقول لعل وجهه ان النكاح من عوالى النعم على ما تقدم فكيف يكون زواله نفعا محضا بل غاية الامر أن يكون مشوبا بالنفع والضرر ودائرا بينهما (قوله وذلك مما لا يحتمل النيابة) أقول وقد مر جوابه (قوله فان كانت فلها على الزوج الخ) أقول أى ان كانت مدخولا بها (قوله وان لم تكن الخ) أقول أى ان لم تكن مدخولا بها

الزوج والمختار أنه يصح ان أراد به التحقيق دون السوم فان قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبي وسيد الامة المنكوحة لعبد أو حر فانه اذا خلعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الامة حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد فالجواب ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها الا ان السيد التزم خصوص الاول فاذا فات عاد اليها وهو ظاهر في حق السيد فتباع فيه الا أن يفديها واذا بيعت ان كان عليها دين بدئ به لان دين الخلع ضعف أما لو خلعها على رقبتها وهي تحت عبد صح فلو ضمن المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها الا قبل العتق ولا بعده ولان القبول انما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع الطلاق وان أرسله بان قال على ألف أو على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى أحد فان قبلت لزمها تسليمه أو قيمته ان عجزت وان أضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل أضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتي على عبدك لان العبد أضيف اليه ولو كان الزوج قال لها خالعتك على عبد فلان أو قالت هي اخلعني على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد ولو قالت اخلعني على ألف على ان فلانا ضامن فاجاب فالخلع معها لانها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله ولو وكلت من يخلعها بالف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد في الخلع ترجع الى من عقده له لا الى الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه وان أدى يرجع عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه ففائدة أمرها به الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فأدى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره فان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك انكاحه بغير أمره والصلح عن دم العبد كالخلع في جميع ما ذكرنا *(فروع)* تتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي الدرداء وسعيد ابن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وعند مالك والشافعي وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق في قوله نسائي طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التي يقع بها الرجعي مثل اعتدي استبرئي رحمك أنت واحدة ينوي الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله لهم ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت في العدة وروي عن ابن عباس ولنا ما رواه أبو يوسف باسناده في الامالي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وحديثهم لا أصل له ذكره سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف امرأة قالت خلعت نفسي منك بالف ثلاث مرات فقال الزوج رضيت أو أجزت كان ثلاثا بثلاثة آلاف ولو خلع أمته على رقبتها وزوجها عبد أو مدبر أو مكاتب صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها أي ملكها الزوج به فيبطل النكاح ومتى بطل النكاح بطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه بطل البدل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر أمتان دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على رقبتها وهي الصغرى لانه أمكن تصحيح الخلع على الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها الا في الصغرى لان الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فتقسم الصغرى على مهريهما لانه جعلها بدلا عن طلاقهما فما أصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما أصاب الصغرى بقي للمولى ولو خلع كلا منهما على رقبة الاخرى طلقتا مجانا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شيء من البدل امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت أحدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة فلو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفان *(قاعدة)* في الطلاق على مال الاصل انه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما اذ ليس أحدهما بصرف البدل اليه أولى من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على أن المال

مقابلة الثاني وان شرط وجوب المال على المرأة حصول البينونة لانها انما تلتزمه لتملك نفسها فلو قال لها أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بالف أو قال على انك طالق غدا بالف أو قال اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة في الحال وغدا أخرى بغير شيء الا أن يعود ملكه قبله لانه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة الى الغد وذكر عقيبهما مالا فانصرف اليهما ألا يرى انه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف اليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة فاذا جاء غد تقع أخرى لوجود الوقت المضاف اليه ولا يجب شيء لان شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم تحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية أو بائنة أو بغير شيء على انك طالق غدا أخرى بالف يقع في الحال واحدة مجانا وغدا أخرى بالف لتعذر الصرف اليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال الا أن في قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال طالق ثلاثا للسنة بالف فقبلت يقع في الطهر الاول واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني أخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع أخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه أعلم *(فروع)* لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الائمة انه يبرأ كل عن صاحبه وقال خواهر زاده هذه احدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو الصحيح فان لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومؤنة السكنى في قولهم جميعا الا اذا شرطا في الخلع نقله في الخلاصة وكذا ذكره السغدي أعني ردها المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهر زاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كأنه قال طلقي نفسك بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكي عنه من ردها ما ساقه اليها من الصداق اذا كان مقبوضا اذ لم يجعل كانه قال طلقتك بائنا فهذا مذكور في غير موضع ذكر في التجنيس اذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه وبين ما اذا قال اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بان قوله اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بامر الزوج بخلاف اشتري نفسك لانه أمر بالخلع الذي هو معاوضة اذا لم يكن البدل مقدرا فان قدره بان قال بمهرك ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت وفي رواية كتاب الوكالة يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح وأما الجواب عن الاشكال فبحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما اذا لم ينو به كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه الا بموجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا أن ينوي خلافه ويدل على هذا ما في المنتقى قال أبو يوسف اذا قال لها اختلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا الا على مال الا أن ينوي بغير مال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال خالعتك ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا تصادقا على عدم النية ومما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفي المال كما اذا قال اختلعي مني بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفي المال نقله عن محمد الفضلي والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من أن حقيقته ما فيه المال لو قال لاجنبي اخلع امرأتي لم يملك خلعها بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعي على مال أو بما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على ألف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك أو نحو أجزت فرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعي نفسك مني بألف والباقي بحاله حيث يتم والفرق ان التعويض في المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستبدا مستنقصا وهذا مفقود في الثانية فلو لم يصح الا يصح لمضادة الحقوق وحقوق الخلع لا ترجع الى الوكيل اذ لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم

معناه أو لقنها أبرأتك من نفقة العدة قيل يصح والاصح انه لا يصح لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه اسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيهما من العلم وهذه صورة كثيرا ما تقع قال أبرئيني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت أبرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض واذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت في العدة لانها لم تكن لها حقا حال الخلع فقد ظهر أن تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ ذاك وبعض الشافعية لا يصحح هذا للجهالة وهذا عندنا موهوم لا اجمال ولو تزوجها على ألف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على ألف أخرى ثم اختلعت منه على مهرها لم يبرأ الزوج الا من الثاني دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر أنه وكيل لامرأته في خلعها فخلعها على ألف فانكرت التوكيل فان كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل وان لم يكن ضمن فان صدقه الزوج على أنها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لانه ظهر أن الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج باع منه تطليقة بالف قال الصفار يقع الطلاق ضمن له المهر أو لا لان لفظة الشراء لفظة الضمان وقال أبو بكر الاسكاف هذا والخلع سواء وعليه الفتوى ولو ادعى رجل الرسالة عن امرأة الرجل اليه في أن يطلقها أو يمسكها فقال الزوج لا أمسكها بل أطلقها فقال الرسول أبرأتك من جميع مالها عليك فطلقها فانكرت المرأة بالابراء والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها أو وكالتها اياه لذلك وقع وهي على حقها وان لم يدع فان كان الرسول قال أبرأتك من حقها عليك على أن تطلقها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالمهر موقوف على اجازتها وان لم يقل على أن تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها وهذه في أمر الحكمين لما كان سبب الخلع المشاقة وجب ذكر أمر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا أصلاحا يوفق الله بينهما ضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين أيضا وقيل الضميران للزوجين والاولى ان يكون الحكمان من أهلهما كما ذكر الله تعالى وانما كان أولى لانهما أخبر بباطن أمرهما وأشفق عليهما وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك يشترط كونهما من أهلهما الا أن لا يوجد من أهلهما من يصلح لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح وأحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وأبي ثور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل وهو قول الاوزاعي واسحق وروي عن عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم ان يطلق ولا يبرئ من مالهما فكيف يفعل ذلك نائبه وفي أحكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظها الزوج فان انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع أمرها الى السلطان فيبعث حكما من أهله وحكما من أهلها وأيهما كان أظلم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالعنين والمجبوب فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما أن يجمعا ولا ان يفرقا بغير أمرهما وما زعم اسمعيل المالكي من ان أبا حنيفة أصحابه لم يعرفوا أمر الحكمين اخبار بالنفي لعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال ان الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية لقبول قولهما عليهما والحكمان يمضيان أمر الزوجين فاذا قصدا الحق وفقهما الله عز وجل للصواب اذهما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكل ما ورد عن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذ لم ينصوا على انه جائز بغير رضا الزوجين وهذا لانه غير جائز لهما ان يطلقا امرأة الغير بغير اذنه ولا ان يدفعا مالا بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه ولا حق للزوج في مالها قال تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه والحكمان انما بعثا للصلح وليعلما

*(باب

(باب الظهار)

ظلم الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه فاذا لم يقبل أعلما الحاكم ليدفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال ومصلحان في حال اذا فوض الامر اليهما وقول من قال انهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا وليس ما روي عن علي رضي الله عنه شاهدا في ذلك

(باب الظهار)

مناسبته بالخلع ان كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه أكمل في باب التحريم اذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقائه والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح أن يراد به معان مختلفة ترجع الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاغراض فيقال ظاهرت أي قابلت ظهرك بظهره حقيقة واذا غايظته أيضا وان لم تدابره حقيقة باعتبار أن المغايظة تقتضي هذه المقابلة وظاهرته اذا نصرته باعتبار أنه يقال قوي ظهره اذا نصره وظاهر من امرأته وأظهر وتظاهر واظاهر وظهر وتظهر اذا قال لامرأته أنت علي كظهر أمي وظاهر بين ثوبين اذا لبس أحدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الآخر ظهرا للثوب وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا أيضا وانما عدي بمن مع أنه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لانه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن فكظهر أمي أي كبطنها بعلاقة المجاورة ولانه عموده لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من النكات وقيل خص الظهر لان اتيان المرأة من ظهرها كان حراما فاتيان أمه من ظهرها أحرم فكثر التغليظ وفي الشرع هو تشبيه الزوجة أو جزء منها شائع أو معبر به عن الكل بما لا يحل النظر اليه من المحرمة على التابيد ولو برضاع أو صهرية وزاد في النهاية قيد الاتفاق احترازا عما لو قال أنت علي كظهر فلانة وفلانة أم من زنى بها أو بنتها لم يكن مظاهرا وسنذكر ما هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر أو غيره مما لا يحل النظر اليه وانما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لانه كان الاصل في استعمالهم وشرطه في المرأة كونها زوجة وفي الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه حرمة الوطء ودواعيه الى وجود الكفارة واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع تجب بالظهار والعود لان الظهار كبيرة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة أو المغلب فيها معنى العبادة ولا يكون المحظور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو امساك فيكون دائرا بين الحظر والاباحة فيصح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة وقيل سبب وجوبها العود والظهار شرط ولفظ الآية يحتملهما وهي قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الى آخره فيمكن حمل ترتيبها عليهما أو على الاخير لكن اذا أمكن البساطة صير اليها لانها الاصل بالنسبة الى التركيب فلذا قال في المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء والظهار شرط وهو بناء على ان المراد من لفظ العود في الآية العزم على الوطء واعترض بان الحكم يتكرر بتكرر سببه لا شرطه والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على انه العزم على اباحة الوطء بناء على ارادة المضاف في الآية أي يعودون لضد ما قالوا أو لتداركه نزل القول منزلة المقول ويرد عليه ما يرد على ما قبله وهذا بناء على عدم صحة ارادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود للحديثين الذين يروونهما فان ظاهرهما عدم تعلقهما بتكرره ويرد ان بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه في المبسوط حتى لو أبانها أو ماتت بعد العزم لا كفارة عليه قال فهذا دليل على انها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا أراد رفعه وجب عليه في رفعه الكفارة عندنا

(باب الظهار)

هو في الشرع عبارة عن تشبيه المنكوحة بامرأة محرمة على التابيد وركنه أنت علي كظهر أمي وشرطه

(باب الظهار)

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في أول كل باب منها ويحتاج الى وجه تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه أقرب الى الاباحة من سبب اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحته يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالمحرمة على سبيل التأبيد اتفاقا بنسب أو رضاع أو مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر فلانة وهي بام المزني بها أو ابنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار نزلت في خولة وكانت ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمرأة من نسائنا وركنه قوله لامرأته أنت علي كظهر أمي أو ما قام مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعي مع بقاء أصل الملك الى غاية الكفارة

(باب الظهار)

(قوله وانما قيد بقوله اتفاقا الى قوله فانه لا يكون مظاهرا) أقول في الخانية خلافه (قوله وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار الخ) أقول فيه بحث فتامل ثم قوله وهو النشوز بناء على الغالب

(اذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا والظهار كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح) وبيان ذلك ان أحدهم فى الجاهلية اذا أراد أن يطلق امرأته جعلها فى التحريم على نفسه كالمواضع التى لا يطلع عليها من أمه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا موضعا أحسن فى الذكر ولا أستر من الظهر مع اصابة المعنى الذى أرادوه فاستعملوه

دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته فى بعض ما أمرنى به فقال أنت على كظهر أمى ثم خرج فجلس فى نادى قومه ثم رجع الى فراودنى عن نفسى فقلت والذى نفس خولة بيده لا تصل الى وقد قلت ما قلت حتى يقضى الله ورسوله فى ذلك فوقع على فدفعته بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيرانى فأخذت ثيابا فلبستها وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فجعل يقول لى زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسنى اليه فجعلت أشكو الى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحى فلما سرى عنه قال أنزل الله فيك وفى زوجك بيانا وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله الى آخر آيات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد ذلك يارسول الله ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شئ يارسول الله فقال انا سنعينه بعرق فقلت وأنا أعينه بعرق أيضا فقال افعلى واستوصى به خيرا وقال علماؤنا المراد من العود هو العزم على الجماع الذى هو امساك بالمعروف وقال الشافعى المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار (قوله وهذا) اشارة الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه ان الظهار جناية لكونه

جناية

واذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا والظهار كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه

كما تقول لمن أراد الصلاة النافلة يجب عليك ان صليتها ان تقدم الوضوء وعند الشافعى رحمه الله هو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها وردبان شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الامساك عن طلاقها جناية وأيضا فقد يكون الامساك عن طلاقها للسعى فى أمر الكفارة وتحصيلها أو للتروى فى طلاقها أو التكفير فلا يكون بمجرده بعد الظهار جناية فلا ينتهض سببا للكفارة واعلم ان هذه الحرمة لا ترفع الا بالكفارة لا بملك ولا بزوج ثان حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر أو كانت أمة وملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيهما وللمرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضى أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس فان أبى ضربه ولا يضرب فى الدين ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وألفاظه صريح وكناية وستأتى وسبب نزول شرعيته قصة خولة أو خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلنى فيه ويقول اتقى الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله الى الفرض فقال يعتق رقبة فقلت لا يجد فقال يصوم شهرين متتابعين قلت يارسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فيطعم ستين مسكينا قالت ما عنده شئ يتصدق به قال فانى سأعينه بعرق من تمر قلت يارسول الله وانى سأعينه بعرق آخر قال قد أحسنت قال فاذهبى فأطعمى بهما عنه ستين مسكينا وارجعى الى ابن عمك قال والعرق ستون صاعا رواه أبو داود وقيل هو مكيال يسع ثلاثين صاعا قال أبو داود وهذا أصح وفى الحديث ألفاظ أخر ورواه ابن ماجه وغيره (قوله اذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى فقد حرمت عليه) وعند محمد للمظاهر أن يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا اذا قال أنت منى كظهر أمى أو أنت عندى أو معى وكذا اذا قال أنا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى ألحق لفظ المشيئة لا يثبت فلو قال أنت على كظهر أمى ان شاء الله تعالى لم يلزمه شئ ولو قال ان شاء فلان فالمشيئة اليه (قوله وهذا) أى ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة (لانه) أى

أن يكون المشبه منكوحة حتى لا يصح الظهار من أمته وأهله من هو أهل للكفارة حتى لا يصح ظهار الذمى والصبى وحكمه حرمة الوطء الى غاية الكفارة مع بقاء أصل الملك كما فى حال الحيض والاصل فيه قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى قوله فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا نزلت الآية فى خولة امرأة أوس بن الصامت رآها وهى تصلى وكانت حسنة الجسم فلما سلمت راودها فأبت بغضب فظاهر منها فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان أوسا تزوجنى وأنا شابة مرغوب فى فلما خلا سنى ونثرت بطنى جعلنى عليه كأمه وروى انها قالت له ان لى صبية صغارا ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الى جاعوا فقال عليه السلام ما عندى فى أمرك شئ وروى انه قال لها حرمت عليه فهتفت وشكت الى الله تعالى فنزلت (قوله والظهار كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع أصله) وهو التحريم ونقل حكمه الى تحريم مؤقت بالكفارة غير

الكذب والباطل والجناية تناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة (ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كى لا يقع فيه كما فى الاحرام) وقال الشافعى لا تحرم الدواعى لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس فى القرآن كناية عن الجماع وأجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة فى المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز (بخلاف الحائض والصائم) حيث لا تحرم الدواعى فيهما لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى أفضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام) وسيأتى فى كتاب الكراهية فان قيل لما كثر وجودهما كان أدعى الى شرع الزاجر من الظهار فلم انعكس الامر أجيب بان أوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن أوقات الطهر والافطار أكثر فلما كثر أوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة فى الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر لان ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع وبفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر (فان وطئها قبل أن يكفر استغفر الله ولا شئ عليه غير الكفارة الاولى) أى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطء

جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كى لا يقع فيه كما فى الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى يفضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام (فان وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولا شئ عليه غير الكفارة الاولى ولا يعود حتى يكفر) لقوله عليه السلام

الظهار (جناية) كبيرة محضة (لكونه منكرا من القول وزورا) بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة (قوله ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه) تفيد هذه العبارة ان هذا هو الاصل اذ طريق المحرم محرم وعلى هذا استمر فى الاستبراء والاحرام والاعتكاف وثبت من الشرع خلافه فى الصوم والحيض فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل احدى نسائه وهو صائم وفى حديث عائشة رضى الله عنها كان يأمرنى أن أتزر فيباشرنى وأنا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعا بين هذه الامور ولينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضى الفرق تحريم الدواعى فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهرى والاوزاعى والنخعى وقول للشافعى ورواية عن أحمد لان حرمة الوطء نصا بقوله تعالى من قبل أن يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره أو تحليلها كما قال الشافعى وأحمد فى قولهما الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعى فى الصوم والحيض لكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعلى كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعى وعن كثرة وقوع الضدين الطاهرين فى كثرة وجود الجماع ينتفى لزوم شرع الزاجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعى بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام لا تكثر بالنسبة الى كل شخص فاستمر على الاصل وتقدم له فى الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم فى حرمة الدواعى فيه لا فى الصوم بان الجماع محظور الاعتكاف والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وقرر بما حاصله ان الفرق للفرق بين التحريم الثابت فى ضمن الامر والتحريم الثابت بالنهى لما كان الثانى أقوى بسبب ان النهى تناوله مقصودا فتعدى الى الدواعى بخلاف الثابت فى ضمن الامر فانه لم يتعلق به نهى أصلا بل طلب شئ يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتاديته الى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد الى دواعيه فافترق الحال بينهما وبين الاستبراء والاحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهى قال تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد ولا رفث ولا فسوق نفى مستعار للنهى لتأكيده وقال صلى الله عليه وسلم ألا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة وقال تعالى فى الاخيرين فاعتزلوا النساء فى المحيض ثم أتموا الصيام ولما كان هذا يقتضى عدم حرمة الدواعى لان المذكور فى الآية الامر بالكفارة قبل التماس وهو قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المامور به وهو الكفارة قبل التماس مع انه يقتضى حرمة الدواعى فى الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهى حتى انهم لم يمثلوا النهى عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا البيع ولم يسموه الا منهيا عنه وهو صحيح لان النهى للنفس طلب الترك عدل الى ما ذكر والتحقيق ان الدواعى منصوص على منعها فى الظهار والمذكور فى وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكر أما كونها منصوصا على منعها فان قوله تعالى من قبل أن يتماسا لا موجب فيه للحمل على المجاز لامكان الحقيقة ويحرم الجماع لانه من أفراد التماس فكل من القبلة والمس والجماع أفراد التماس فيحرم الكل بالنص وظهر فساد قول المخالف والله سبحانه أعلم (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس رضى

مزيل للنكاح (قوله فيناسب المجازاة عليها بالحرمة) لان تحريم الحلال يصلح جزاء للجناية قال الله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم ويناسب أن تكون الكفارة رافعة للحرمة لانها حسنة قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه وقال الشافعى رحمه الله تعالى

(قوله وقال الشافعى لا تحرم الدواعى) أقول أى فى قول (قوله وأجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة فى المس باليد) أقول الاولى ترك قوله باليد فان المس لا يختص بها فيكون تماما للجميع من التقبيل وغيره

حتى يكفر لما روى ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امرأتي ثم أبصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ماذكره بقوله (ولو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ) هذا اشارة الى قوله أنت علي كظهر أمي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق أو الايلاء أو قال لم أنو به شيأ يكون ظهارا (لانه) أي كونه طلاقا (منسوخ (٨٨) فلا يتمكن من الاتيان به) لان في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك (ولو قال أنت

للذى واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه (ولو نوى به الطلاق لا يصح) لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به (واذا قال أنت علي كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر) لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه (وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة)

الله عنهما ان رجلا ظاهر من امرأته فوقع عليها قبل أن يكفر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ما حملك على هذا قال رأيت خلخالها في ضوء القمر وفي لفظ بياض ساقيها قال فاعتزلها حتى تكفر ولفظ ابن ماجه فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن لا يقربها حتى يكفر قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب ونفى كون هذا الحديث صحيحا رده المنذري في مختصره بانه صححه الترمذي ورجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذي عن ابن اسحق الى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم في المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب وأما ذكر الاستغفار في الحديث فالله أعلم به وهو في الموطأ من قول مالك ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل أن يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك أحسن ما سمعت (قوله فلو كان شئ آخر واجبا لنبه عليه) لانه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصري والنخعي (قوله وهذا اللفظ) أي قوله أنت علي كظهر أمي (لا يكون الا ظهارا وان نوى به الطلاق) أو الايلاء أو قال لم أنو شيأ لانه صريح فيه وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره وهذا يعم ما قلنا وما في الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال أردت به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفي صحة ارادته به احتاج الى الجواب ويصلح ما تقدم من قوله وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره أن يكون جوابا وهو كلفظ أنت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح أن يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة (قوله ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة) اللام فيهما للعهد أي المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التأبيد لانهما المعهودتان فيما سبق من ذكرهما (قوله وهذا المعنى) يعني تشبيه المحللة بالمحرمة (يتحقق في التشبيه بعضو لا يحل النظر اليه) على التأبيد لما كان الظهار كلاما تشبيهيا مشتملا على المشبهة والمشبه بها أوجب اعطاء ضابطهما ففي المشبهة أن تذكر هي أو جزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الاول وفي المشبه بها أن تذكر هي أو عضو منها لا يحل

لا يحرم الدواعي لان التحريم عرف بقوله تعالى من قبل أن يتماسا والتماس في القرآن كناية عن الجماع الا انا نقول التماس حقيقة للمس باليد فهو على الحقيقة حتى يقوم الدليل على المجاز (قوله وهذا اللفظ) وهو قوله أنت علي كظهر أمي لا يكون الا ظهارا قال أبو يوسف رحمه الله وكذا لو قالت لزوجها أنت علي كظهر أمي لانه تحريم يرتفع بالكفارة (قوله وكذا ان شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه)

على كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة) اللام في المحللة والمحرمة للعهد أي المحللة نكاحا لا بملك اليمين بالمحرمة تأبيدا لا توقيتا (وهذا المعنى) أي التشبيه (يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه) كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها وقوله (وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها) ظاهر

(قوله لان في ذلك تغيير موضوع الشرع) أقول وعدم كونه ايلاء يعلم من قوله لان فيه تغيير موضوع الشرع قال المصنف (وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر) أقول قال ابن الهمام مقتضى العبارة أن لا يحل النظر الى أخته وغيرها وليس كذلك وانما المعنى بجزء لا يحل النظر اليه اه فاستعمل من بمعنى ما ومن في من محارمه للتبعيض قال الاتقاني أي اذا شبه امرأته بمن لا يحل للرجل النظر الى هذه الاشياء الظهر والبطن والفرج والفخذ على التأبيد من سائر المحارم اه فعلى هذا تخلو الصلة عن العائد الا أن يقال المضاف مقدر أي لا يحل النظر الى أعضائها المعهودة قال المصنف (على التأبيد) أقول قال تاج الشريعة احترز به عن المطلقة ثلاثا وكذلك كل من كانت حلالا ثم حرمت عليه مثل أم امرأته اه لكن اذا شبهها بها يكون مظاهرا

لانهن في التحريم المؤبد كالام (وكذلك اذا قال رأسك علي كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك أو بدنك) لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

النظر اليه على التأبيد الا أن مع ذكرها ينوي كما سيأتي اذا عرفت هذا فعبارته أعني قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها الى قوله مثل أخته وعمته وأمه من الرضاع ليست جيدة لان ظاهرها حرمة النظر الى هؤلاء من الرضاعة وانما المعنى اذا شبهها بجزء لا يحل النظر اليه فلو قال أنت علي أو رأسك أو وجهك أو رقبتك أو فرجك أو نصفك أو ثلثك أو سدسك كظهر أمي أو خالتي أو أم زوجتي أو كفرجها أو بطنها أو فخذها أو أليتها كان مظاهرا ولو قال يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو جنبك أو ظهرك كظهر أمي أو فرجها الى آخر ما ذكرنا لم يكن مظاهرا لانتفائه من جهة المشبهة ولو قال أنت علي أو رأسك الى آخر ما قلنا كيد أمي أو جنبها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من جهة المشبه بها لان هذه الاشياء مما يجوز النظر اليها ومسها بغير شهوة وكذا لو قال يدك أو رجلك الخ على كيدها أو كرجلها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من الجهتين واذا أحكمت ملاحظة الاصلين أخرجت فروعا كثيرة عن تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفرج أمي فرجك كفخذ أمي يكون ظهارا بطنك كفرجها لا يكون ظهارا ووجه الاعتبار في المشبهة بكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه في الطلاق لان المحرمة هنا كالمطلقة هناك وقد بيناه هناك وفي المشبه بها بكون العضو مما لا يحل النظر اليه من المحرمة ماذكره بقوله لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه في أول هذا البحث (قوله لانهن) أي أخته وعمته وأمه من الرضاع في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله أنت علي كظهر عمتك أو أختك لان حرمتهما ليست على التأبيد بل موقتة بانقطاع عصمته لها ثم المراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التأبيد ولو قال كظهر مجوسية لا يكون ظهارا ذكره في الجوامع لان التأبيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرهما لا يقال يرد على اشتراط تأبد الحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى أنت علي مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها أو بعد التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التأبيد لان ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن قوله لها أنت علي كظهر أمي لان تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال أنت علي مثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي التحفة لو شبه بامرأة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حالة أخرى مثل أخت امرأته ومثل امرأة لها زوج أو مجوسية أو مرتدة لم يكن مظاهرا لان النص ورد في الام وهي محرمة على التأبيد وقد علمت أن هذه كنايات فلا تكون ظهارا ولا ايلاء الا بالنية وبعد اشتراط تأبد الحرمة هل يشترط الاجماع عليها اشترطه في النهاية لتخرج أم المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بهما لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه فمنهم من قال عند أبي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد ينفذ خلافا لابي يوسف ومنهم من قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها أولا بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أولا وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع أو النص الغير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا يختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطء وعدمه حيث قال لو قبل امرأة أو لمسها بشهوة ثم شبه امرأته بابنتها لا يكون مظاهرا عند أبي حنيفة ولا

بنسب أو رضاع أو مصاهرة ولو شبهها بظهر أجنبية لا يكون مظاهرا لانها تحل له بالعقد ولو قال أنت علي كظهر فلانة وهي أم المزني بها أو ابنة المزني بها لا يصير مظاهرا لان بالزنا لا تثبت حرمة المصاهرة عند الشافعي رحمه الله

(وان قال رأسك علي كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك كان مظاهرا) لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة (ولو قال نصفك أو ثلثك أو ربعك كظهر أمي كان مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك الجزء أولا ثم يسرى الى سائر البدن كما بيناه في الطلاق)

(ولو قال أنت على مثل أمي أو كأمي احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف ذلك) وكلامه ظاهر وقوله (وان لم تكن له نية فليس بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة وحده وعن أبي يوسف فيه روايتان احداهما كقول محمد لانه قال في الامالي اذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص

قال الله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وكان قوله أنت على كأمي بمنزلة قوله أنت على حرام وقد بينا في هذا اللفظ أنه اذا لم ينو شيأ يثبت أقل الوجوه وهو الايلاء وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف على ماذكره في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه الى أن يتبين خلافه بالنية والفرض عدمها ووجه قول محمد ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى (وان عنى به التحريم لاغير فعند أبي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين) فان الحرمة الثابتة بالايلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزور ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا بالكفارة والثابتة بالايلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها (وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه يختص به ولو قال أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين) فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الاولى ووجهها ظاهر وان

(ولو قال أنت على مثل أمي أو كأمي يرجع الى نيته) لينكشف حكمه (فان قال أردت الكرامة فهو كما قال) لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام (وان قال أردت الظهار فهو ظهار) لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية (وان قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن) لانه تشبيه بالام في الحرمة فكأنه قال أنت على حرام ونوى الطلاق وان لم تكن له نية فليس بشئ عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى وان عنى به التحريم لاغير فعند أبي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه تختص به (ولو قال أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى) لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له

يشبه هذا الوطء لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وفي الدراية في كظهر أختي من لبن الفحل لا يصير مظاهرا من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التأبيد كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها مع ان في حرمتها عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله صلى الله عليه وسلم ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة لكن ذلك نص منه ماذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت أختية بنت الفحل من غير التي أرضعته بالالتزام ومثله ما رأيت لو شبهها بامرأته الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع ان أبا يوسف يرى تأبد حرمتها التسويغ الاجتهاد أما ان أراد من أرضعهما نفس الفعل بان نزل له لبن فلا اشكال لكنه بعيد من عادتهم في اطلاقه ولانه لا أختية هنا أصلا ومما يشكل ماذكره في الدراية أيضا نقلا عن شرح القدوري رحمه الله زنى أبو بامرأة أو ابنه فشبهها بامها أو ابنتها يصير مظاهرا عند أبي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم وهذا مشكل لان غاية أم مزنية الاب والابن أن تكون كأم زوجة الاب والابن ولا تحرم أم زوجة الاب على الابن ولا أم زوجة الابن على الاب فليس التشبيه هنا بمحرمة ولو شبه بظهر أبيه أو قريبه أو بظهر أجنبي لم يكن مظاهرا ولو شبهها بفرج ابيه أو قريبه قال في المحيط ينبغي ان يكون مظاهرا لان فرجهما في الحرمة كفرج أمه وفي كافي الحاكم رحمه الله المرأة لا تكون مظاهرة من زوجها من غير ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي أنت على كظهر أبي أو أنا عليك كظهر امك لا يصح الظهار عندنا وفي المبسوط عن ابي يوسف عليها كفارة يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار وقال محمد ليس بشئ وهو الصحيح وفي شرح المختار حكى خلاف أبي يوسف والحسن على العكس وكذا في غيره وفي الينابيع والروضة كالاول قال هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهرا منهما (قوله ولو قال أنت على مثل أمي) هنا ألفاظ أنت أمي مثل أمي كأمي حرام

فتكون حرمته غير قطعية فلا يمكن الحاقها بالمنصوص أطلقه في الشافي وفي الكفاية يكون مظاهرا عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله (قوله ولو قال أنت على مثل أمي أو كأمي يرجع الى نيته) الى قوله وان عنى به التحريم لاغير فعند أبي يوسف رحمه الله هو ايلاء ليكون الثابت أدنى الحرمتين اذ الحرمة في اليمين لاغير بخلاف الظهار حتى تحل له مباشرتها بعد الايلاء بخلاف الظهار ولان كفارة اليمين أدنى من كفارة الظهار وهذا آية التفاوت في الحرمة ولان حرمة الايلاء ترتفع بالحنث بدون اداء الكفارة وحرمة الظهار لا ترتفع الا باداء الكفارة ولان سبب الحرمة في الظهار منكر من القول والحرمة الثابتة بالايلاء بسبب مشروع في

قال المصنف (فالتشبيه بجميعها أولى) أقول فيه بحث فان في الجميع ما يحل النظر اليه كالوجه وغيره قال المصنف (لان كاف التشبيه) أقول أي أداته فان الكلام في مثل أمي وكأمي جميعا واحد قال المصنف (تختص به) أقول المراد كثرة استعماله فيه فلا يرد شئ

وان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما (وان قال أنت على حرام كظهر أمي ونوى به طلاقا أو ايلاء لم يكن الا ظهارا عند أبي حنيفة

كظهر أمي ففي أنت أمي لا يكون مظاهرا وينبغي ان يكون مكروها فقد صرحوا بان قوله لزوجته يا أخية مكروه وفي حديث رواه أبو داود عن أبي تميمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته يا أخية فكره ذلك ونهى عنه ونحن نعقل أن معنى النهي هو انه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لامكن أن يقال هو ظهار لان التشبيه في قوله أنت أمي أقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ أخية في يا أخية استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لابد في كونه ظهارا من التصريح باداة التشبيه شرعا ومثله أن يقول لها يا بنتي أو يا أختي ونحوه وفي مثل أمي أو كأمي ينوي فان نوى الطلاق وقع بائنا كقوله أنت على حرام وان نوى الكراهة أو الظهار فكما نوى كما في الكنايات وأفاد انه كناية في الظهار فعلم ان صريحه بكون التشبيه بعضو وان لم يكن له نية فليس بشئ عندهما وهو ظهار عند محمد رحمه الله وجه قوله ان المعنى الشرعي لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير انه عدل عنه فيما اذا كان له نية شئ يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المنوي تصحيحا لارادته وجعل على بمعنى عندي في الكرامة وذلك ان المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندي مثل أمي أو كأمي فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه ولهما ان يمنعا كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بالكل بل اذا كان التشبيه به ابتداء ففيما اذا كان التشبيه بكلها يبقى مجملا في حق جهة التشبيه فما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشئ خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد اليها ولا لفظ صريح فيها وما أمكن صرف تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه وان نوى به التحريم لاغير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما وكذا غيره فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه أي أداته فان الكلام في مثل أمي وكأمي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا انه حقيقة وقد نوى ما لا ينافيه فان الحرمة موجبا ظهار فيثبت المنوي في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام وعند ابي يوسف ايلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به لا يتعدى به المنوي وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الايلاء ولان الايلاء أدنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وأمور أخر أما السبب وهو الظهار نفسه فكبيرة محضة والايلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترون به وأما الحكم فالكفارة فيه أغلظ حيث قدر الاطعام بستين مسكينا أو صيام ستين يوما والامور الاخر هي أن حرمتها في الايلاء لا تثبت في الحال فانه وان حلف أن لا يقربها فالشرع طلب منه أن يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر عادت بلا ايلاء في حق وقوع الطلاق بمضي المدة بل في حق لزوم الكفارة اذا وطئ وكان الايلاء مؤبدا وفي الظهار يثبت في الحال ثم يتعدى الى الدواعي ثم لا يحل منها شئ آخر حتى يكفر أولا ولو طلقها ثلاثا والباقي بحاله تعود بالظهار ولا تحل ما لم يكفر وكذا لو ملكها بان كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد لا تحل ما لم يكفر ومنهم من قال الاصح انه حينئذ ظهار عند الكل لانه تحريم مؤكد بالتشبيه وفيه نظر لان هذا انما ينطبق على قوله أنت على حرام كأمي وليس الكلام فيه بل في مجرد أنت كأمي وفي أنت على حرام كأمي فانما له محتملان الطلاق والظهار لا البر لتصريحه بالحرمة فايهما أراد ثبت فان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار وههنا يتجه المذكور آنفا عن قاضيخان أنه ينبغي أن لا يختلف في كونه ظهارا لانه تحريم مؤكد بالتشبيه (قوله والوجهان بيناهما) يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة أبي يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين ومن جهة محمد ما ذكرنا وفي أنت على

الجملة لان اليمين مشروع في الجملة اذا كان السبب أقوى في الحرمة كان الحكم أقوى ضرورة (قوله والوجهان بيناهما) وهو ما قال أبو يوسف رحمه الله في قوله أنت على مثل أمي ونوى التحريم لاغير يكون ايلاء

(وان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما) يعني قوله ليكون الثابت أدنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه يختص به (وان قال أنت على حرام كظهر أمي ونوى طلاقا أو ايلاء لا يكون الا ظهارا عند أبي حنيفة) وكذا اذا لم ينو شيئا كذا في المبسوط

(وقالا هو على مانوى) ان نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابى فى شرحيهما
للجامع الصغير (لان التحريم محتمل) ونية المحتمل صحيحة (غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند

وقالا هو على مانوى) لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا و
عند أبى يوسف يكونان جميعا وقد عرف فى موضعه ولابى حنيفة انه صريح فى الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم
فيرد التحريم اليه قال (ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى

حرام كظهر أمى خلاف فعنده لا يكون الا ظهارا سواء نوى طلاقا أو ايلاء أو لم ينو شيا (وقالا هو على مانوى)
ظهارا أو طلاقا أو ايلاء وان لم تكن له نية فظهار (لان التحريم يحتمل كل ذلك) فان نوى الطلاق أو الايلاء يكون
قوله بعده كظهر أمى تاكيدا له لا مغيرا (غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا) معه لانه يقع بائنا
بانت حرام ولا يمكن اثبات الظهار بعده بكظهر أمى (وعند أبى يوسف يكونان) فقيل لا بلفظ حرام اذ لا يراد
باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظ وهذه رواية عنه فى صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع
بنفس اللفظ لانه صريح فيه والطلاق باعترافه بنيته كما اذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال
عنيت الاخرى يقع عليهما فى الاخرى باعترافه وفى المعروفة بصريح اللفظ فى القضاء فانه لا يصدق فيه فى صرف
النية عنها لانه خلاف الظاهر وهذا يقتضى ان وقوع الطلاق والظهار فيما اذا قال عنيت الطلاق عنده انما
هو فى القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع مانوى وفى شرح الكنز ولو نوى الايلاء ينبغى أن يكون ايلاء
وظهارا بالاتفاق لعدم التنافى (قوله وقد عرف فى موضعه) يعنى المبسوط ولابى حنيفة أنه أى لفظ كظهر أمى
صريح فى الظهار محكم فيه ولفظ حرام محتمل فيرد اليه اذا قرن معه (قوله حتى لو ظاهر من أمته) موطوءة
كانت أو غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعى وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين خلافا لمالك
والثورى فى الامة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهرى فى الموطوءة لنا أن النص
يتناول نساءنا بقوله تعالى من نسائهم والامة وان صح اطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الاطلاق
لا تستلزم الحقيقة لان حقيقة اضافة النساء الى رجل أو رجال انما تتحقق مع الزوجات لانه المتبادر حتى يصح
أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه وحرمة بنت الامة الموطوءة ليس لان أمها من نسائنا مرادة بالنص بل لانها
بنت موطوءة وطا حلالا عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا على انه لو أريد بالنساء هنالك ماتصح به الاضافة
حتى يشمل المعنى الحقيقى وهن الزوجات والمجازى أعنى الاماء بعموم المجاز لامكن الاتفاق على ثبوت ذلك
الحكم فى الاماء كثبوته فى الزوجات أما ههنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضا ليثبت بطريق الدلالة لان الاماء
لسن فى معنى الزوجات لان الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولا من الملك حتى يثبت مع عدمه فى الامة

ليكون الثابت أدنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به (قوله وعند أبى يوسف
رحمه الله يكونان جميعا) أى يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق فى القضاء فى
صرف الكلام عن ظاهره بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لى امرأة أخرى واياها
عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر ولكن هذا ضعيف فان الطلاق ان وقع بقوله
أنت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعدما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق
يثبت بقوله أنت على حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين كذا فى المبسوط وذكر فى الفوائد
الظهيرية جواب أبى يوسف عن هذا فقال جاز أن يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة
ظهار المبانة (قوله ولابى حنيفة رحمه الله انه صريح فى الظهار فلا يحتمل غيره) لان معنى قوله أنت على
كظهر أمى أنت على حرام كظهر أمى فيكون الحرام تفسيرا للظهار والشئ لا يتغير بتفسيره كذا فى مبسوط
شيخ الاسلام رحمه الله (قوله ثم هو محكم وهذا لان الحرمات أنواع حرمة الايلاء وحرمة الطلاق وحرمة الظهار

أبى يوسف يكونان جميعا)
يعنى يقع الطلاق بنيته
ويكون مظاهرا بالتصريح
بالظهار ولا يصدق فى
صرف الكلام عن ظاهره
قضاء فصار بمنزلة قوله زينب
طالق وله امرأة معروفة
بهذا الاسم وقال لى امرأة
أخرى واياها عنيت يقع
الطلاق على تلك بنيته وعلى
هذه المعروفة بالظاهر وضعفه
شمس الائمة السرخسى
بان الطلاق ان وقع بقوله
أنت على حرام كان متكلما
بلفظ الظهار بعدما بانت
والظهار بعد البينونة لا يصح
وان قال الظهار مع الطلاق
يثبت بقوله أنت على حرام
قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل
معنيين مختلفين وأجاب
الامام ظهير الدين عن هذا
فقال يصح ظهار المبانة على
قوله وكان هذا رواية منه
على صحة ظهار المبانة وان
هذا الكلام صريح فى
الظهار ولهذا لو لم تكن له
نية يكون ظهارا فلا يصدق فى
ابطال حكم الظهار ويصدق
فى ارادة الطلاق لاعترافه
به وقوله (وقد عرف فى
موضعه) يعنى مبسوط
شمس الائمة (ولابى حنيفة
أن قوله أنت على كظهر
أمى صريح فى الظهار)
ولهذا لا يحتاج فى الدلالة عليه
الى النية (فلا يحتمل غيره من الطلاق) والايلاء (ثم هو محكم) لعدم احتمال الغير وقوله أنت على حرام يحتمل تحريم من
الطلاق وغيره كما مر (فيرد التحريم اليه) أى الى الظهار كما هو الاصل فى رد المحتمل على المحكم قال (ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر
من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى

والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل فى المملوكة تابع) بدليل انه لو اشترى امة فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشترى
ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الامة فى معنى المنكوحة حتى تلحق بها (ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق فى المملوكة) وعورض
بان الامة محل الظهار بقاء فيجب أن تكون محلا ابتداء كما لو ظاهر من امرأته وهى أمة ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع الى المحل
فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار بقاء

من نسائهم ولان الحل فى الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق فى
المملوكة (فان تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل) لانه صادق فى
التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق
المشترى من الغاصب لانه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه أنتن على كظهر أمى كان مظاهرا منهن جميعا)

المجوسية والمواضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح فى موضع لا يحتمل الحل ولان القياس أن لا يوجب هذا
التشبيه الذى هو كذب سوى التوبة وورد الشرع بثبوت التحريم فيه فى حق من لها حق فى الاستمتاع ولا حق
للامة فيه فيبقى فى حقها على أصل القياس ولان الظهار كان طلاقا فنقل عنه الى تحريم مغيا بالكفارة ولا
طلاق فى الامة وليس هذا الوجه بشئ للمتامل (قوله لانه صادق فى التشبيه وقت التصرف) والتشبيه انما
انعقد سببا للتحريم المغيا حين كان كذبا محضا فلا يتوقف بقى ان يقال فليتوقف على الاجازة كما يتوقف
نكاحها على الاجازة فان أجازت ظهر انه كان التشبيه الممتنع أجاب عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه
حتى يتوقف بتوقفه لان عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف ولا يثبت
الظهار بعد الاجازة بخلاف اعتاق المشترى العبد من غاصب العبد لان الاعتاق حق من حقوق الملك يعنى
يثبت بالملك حق ان يعتق اذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهى
عنه وان كان لو قاله لزمه حكمه فاذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق (قوله ومن قال لنسائه أنتن على
كظهر أمى كان مظاهرا منهن جميعا) بلا خلاف (لانه أضاف الظهار اليهن فكان كاضافة الطلاق
اليهن يطلقن جميعا وانما الخلاف فى تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعى تتعدد بتعددهن أى كل من أراد
وطأها وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والنخعى والزهرى والثورى وغيرهم وقال مالك وأحمد

وقد ترجحت حرمة الظهار على ماعداها بالتشبيه بظهر الام فكان القول محكما فى حرمة الظهار فيحمل المحتمل
على المحكم بخلاف ما اذا قال أنت على حرام كامى حيث تصح نية الطلاق لان الظهار مفسر بقوله أنت على
كظهر أمى ولا يكون مفسرا فى الظهار فى الاول دون الثانى ألا ترى انه لو صح نية الطلاق فى قوله أنت على
كظهر أمى يلزم رد حكم النص لان هذا القائل داخل تحت قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم (قوله
ولان الحل فى الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة وهذا لان حرمة الظهار عرف بنص القرآن معلولا بقوله منكرا
من القول وزورا باعتبار ان النكاح شرع لافادة حل الوطء الذى هو سبب التوالد والتناسل فكانت
الزوجية فى أعلى درجات الحل بحيث لا يجوز تخلف الحل عنها فلما شبه التى فى أعلى درجات الحل بمن هى فى
أعلى درجات الحرمة كان منكرا من القول وزورا والحل فى الامة تابع ولا يكون مقصودا ولهذا جاز تخلف
الحل عن ملك اليمين فلم يكن تشبيهها بالام فى كونه منكرا مثل تشبيه المنكوحة بالام فلم تلحق بالمنكوحة فى
حكم النص (قوله والظهار ليس بحق من حقوقه) وهذا لان الظهار مثبت للحرمة والنكاح مثبت للحل
وبينهما تناف وكذا النكاح مشروع والظهار محرم فلا يصلح أن يكون غير المشروع من حقوق المشروع
وتوابعه (قوله بخلاف اعتاق المشترى من الغاصب لانه من حقوق الملك) وهذا لان حق الملك ما يتأكد به

وانما هو باعتبار ان حرمة
الظهار اذا صادفت المحل
لا تزول الا بالكفارة وههنا
قد صادفت محلا فتبقى الى أن
توجد الكفارة فهى بمنزلة
الحرمة الثابتة بالطلاق
فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل
بعد ذلك بسبب مالم تتزوج
بزوج آخر (فان تزوج
امرأة بغير أمرها ثم ظاهر
منها ثم أجازت النكاح
فالظهار باطل لانه صادق فى
التشبيه وقت التصرف)
لكونها محرمة قبل اجازتها
فلم يوجد ركن الظهار وهو
تشبيه المحللة بالمحرمة فلم
يكن منكرا من القول
والظهار منكر من القول
وقوله (والظهار ليس بحق
من حقوقه) أى حقوق
النكاح جواب سؤال تقريره
الظهار مبنى على الملك
والملك موقوف فينبغى أن
يكون الظهار موقوفا على
الاجازة توقف اعتاق المشترى
من الغاصب على اجازة
المغصوب منه البيع
الصادر من الغاصب وتقرير
الجواب ان الظهار ليس من
حقوق النكاح ولوازمه فلا
يلزم من توقف النكاح على
الاجازة توقف الظهار
علم او الدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح أمر مشروع والظهار ليس بمشروع لانه منكر من القول وما لا يكون مشروعا لا يكون من
حقوق المشروع (بخلاف اعتاق المشترى من الغاصب لانه) أى الاعتاق (من حقوق الملك) لكونه منهيا للملك ومتمما له (ومن قال لنسائه
أنتن على كظهر أمى كان مظاهرا منهن جميعا) وكلامه فيه واضح

(قوله فالابتداء والبقاء فيه سواء) أقول فيه بحث نعم كل ما يكون محلا للحكم ابتداء يكون محلا له بقاء وأما عكسه فغير مسلم وما ذكره من حديث
المحرمية لا يفيده (قوله لا تزول الا بالكفارة الخ) أقول وهل معنى محلية الظهار بقاء الا هذا

وقوله (بخلاف الايلاء منهن) يعنى أن يقول لهن والله لا أقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعا

لانه أضاف الظهار اليهن فصار كما اذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لان الحرمة تثبت فى حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

(فصل فى الكفارة) قال (وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا) للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال (وكل ذلك قبل المسيس)

كفارة يمين واحدة وروى ذلك عن عمر وعلى وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى فى الايلاء قلنا الكفارة لوضع الحرمة وهى متعددة بتعددهن وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر فى مجلس أو مجالس حيث تتكرر الكفارة بتعدده الا ان نوى بما بعد الاول الاول تأكيدا فيصدق قضاء فيهما لا كما قيل فى المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار فيما بينه وبين الله تعالى وأورد لما ثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فكيف تتكرر الحرمة بتكرار الظهار وما هو الا تحصيل الحاصل أجيب بالاول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك الحل فيصح الظهار الثانى والثالث ولا منافاة فى اجتماع أسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه وليمينه وهذا لا يدفع سؤال تحصيل الحاصل الا أن يلتزم أن يثبت بكل سبب حرمة كما التزم فى أسباب الحدث على ما تقدم فى الطهارات *(فروع)* لا يصح ظهار الذمى وبه قال مالك خلافا للشافعى وأحمد كالايلاء وهى رواية البرامكة عن أبى حنيفة والاول رواية الاصل لنا قوله تعالى والذين يظاهرون منكم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكمها تحريم يرتفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع أثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من أهلها لانها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وهو غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر عليها على رأيكم اذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة والغاء قيد الايمان فى حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كالغائه فى اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وما أجيب من انها عبادة فى حق المسلم عقوبة فى حق الكافر يقال عليه انها تفتقر الى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما دفع به من أن افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس بلا جامع لان افتقار الكنايات اليها ليتعين به أحد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة لتقع عبادة والا فلماذا والفرق بين الظهار والايلاء على قول أبى حنيفة حيث أجاز ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء أمران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق فى حقهم لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فينعقد منهم نظرا الى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا ثم كفر ان كفر فى يوم الاستثناء لم يجز ولو ظاهر يوما أو شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضى المدة ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط فى العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة على ما سلف ويصح بشرط النكاح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت على كظهر أمى فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال أنت على كظهر أمى فى رجب ورمضان وكفر فى رجب أجزأه عنهما ولو ظاهر فجن ثم أفاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالافاقة خلافا لاحد وجهين للشافعية

(فصل فى الكفارة) (قوله عتق رقبة) أى اعتاقها فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة مقارنا

الملك والملك يثبت كذا بالاعتاق لانه ينتهى به والشئ بانتهائه يتقرر ويثبت كذا وله هذا يثبت له الولاء (قوله بخلاف الايلاء منهن) بان قال والله لا أقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعا وأما اذا قرب الكل قبل مضى المدة تجب عليه كفارة واحدة لان ذكر الله تعالى لم يتعدد لانه قال مرة واحدة والله لا أقربكن والله تعالى أعلم بالصواب *(فصل فى الكفارة)* (قوله قال وكفارة الظهار عتق رقبة) أى اعتاقها فان العتق ينوب عن الكفارة ألا ترى انه لو ورث أباه

وان قرب الكل قبل مضى المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

(فصل فى الكفارة) لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه الى نهاية تذكر فى هذا الفصل ما ينهى تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار فى بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليها بالفاء وانما كان ذلك والله أعلم لان الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة اباحة فلا يصلح أن يكون سببا للكفارة لان سببها لا بد وان يكون أمرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف فى الاصول وضم الى ذلك العود عما قال لكونه بعض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم أبانها أو ماتت لم تلزمه الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان لا يطأها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل فى السببية لما جاز أداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز فالجواب أن المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه

(فصل فى الكفارة) قال المصنف (للنص الوارد فيه) أقول أى فى الظهار أو الكفارة بتاويل التكفير أو ترتيب وهذا

نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت انهاء للحرمة الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلالا الا بعد انهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما فى الكتاب ظاهر والمراد بقوله (عتق رقبة) اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة ألا ترى انه لو ورث أباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها وقوله

وهذا فى الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا فى الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا قال (وتجزى فى العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير) لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هى عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعى يخالفنا فى الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة

لموت المورث لا يجزيه عنها (قوله وكذا فى الاطعام) يعنى يجب كونه قبل المسيس كأخويه والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعاله وألحقه بهما وحاصله عقلية أن الكفارة منهية بالتنصيص على ايجادهما قبل التماس وهذا كفارة مثلهما فيجب كونه قبل التماس وما قدمناه روايته من الحديث المصحح من قوله صلى الله عليه وسلم للذى واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلق من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا كله يتراءى انه زيادة على اطلاق النص بالخبر والقياس وهو لا يجوز وذلك لانه تعالى قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ثم أعاد القيد المذكور مع الصيام فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ثم أطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلو أريد التقييد فى الاطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيصه بالاطلاق بعد ما نص على تكرير القيد مع التخصيص غير مكتفى به لتقييده فى التحرير قرينة على قصد الاطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على ارادة تكرره مطلقا اذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالخصلة الاولى لو اقتصر عليه معها أو لتوهم اختصاصه بالاخيرة لو اقتصر عليه معها أو للتطويل لو أعاد معها بعدهما فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالاطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر فى ارادة انفراده عنهما بمعنى الاطلاق فلا يخرج على القواعد الا ان تحقق فيه اجماع فى عصر من الاعصار والثابت فيه الآن قولان عن الشافعى وروايتان عن أحمد لانا نقول الثابت بالنص افتراض الاطعام شرط الحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بخبر الواحد والالحاق بالخصلتين فى وجوب التقديم لا فى اشتراطه للحل والاصل وان كان الافتراض فالمتعدى الى الفرع منه الوجوب لا يقال حينئذ يختلف الحكم فى الاصل والفرع لانا نقول الوصف الذى زاد به الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان الحكم هو الايجاب غير أنه ان كان ثبوته قطعيا سمى فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتامل وبما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الاطلاق فى ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب التى ظاهر منها فى خلال الصوم يستانف ولو قربها فى خلال الاطعام لا يستانف لان الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق فى الاطعام ولا يحمل الاطعام على الصيام لانهما حكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة (قوله من كل وجه) متصل بالمرقوقة فلذا لو أعتق أم ولده ومدبره لا يجزيه عنها بخلاف المكاتب الذى لم يؤد شيئا وعن ذلك يصح اعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه (قوله الكفارة حق الله تعالى) المشهور بناء

ونوى الكفارة لا تخرج عن عهدتها (قوله وتجزى فى العتق الرقبة الكافرة) وعند بعض المشايخ رحمهم الله لا يجوز اعتاق المرتد عن الكفارة لانه بالردة صار حربيا ولهذا حل قتله وصرف الكفارة الى الحربى لا يجوز (قوله اذ هى عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه) وقوله من كل وجه يتعلق بالمرقوف لان المدبر لا يجوز لنقصان رقه والمكاتب الذى لم يؤد شيئا يجوز لكمال رقه وان لم يكن مملوكا من كل وجه

(من كل وجه) متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال فى الرق شرط دون الملك ولهذا لو أعتق المكاتب الذى لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ولو أعتق المدبر عنها لم يصح واعترض على المصنف من وجهين أحدهما انه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا أى عبدا وأجيب عنه بان الازهرى حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة والثانى ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرقوقة مملوكة وأجيب بان الذات تستعمل استعمال النفس والشئ فتذكيره باعتبار المعنى الثانى وقوله (والشافعى يخالفنا) أى لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة فى الكفارة (لان الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكاة

الكفارة المعلوم من السياق قال المصنف (وكذا فى الاطعام) أقول بدلالة النص على ما قرره المصنف فليتأمل فانه سيجىء من المصنف فى تعليل جواز قربان المظاهر منها فى أثناء الاطعام ما يخالفه قال المصنف (فلا بد من تقديمها على الوطء) أقول وهذا على سبيل الاستحباب حتى لو جامع فى خلال الاطعام لا يلزمه الاستئناف كذا فى شرح تاج الشريعة وفيه ما فيه (قوله وأجيب عنه بان الازهرى حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة) أقول فى المغرب وأما ذات مرقوقة أو عبد مرقوق كما حكى ابن السكيت فوجهه أن يكون من رق له اذا رحمه وهو مرقوق له ثم حذفت الصلة كما فى المندوب والمأذون آخرا قال

ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق) وقوله (وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة) جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى وتقريره أن قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى (ثم مقارفته المعصية) أى بقاؤه على ما كان عليه من الكفر (يحال به الى سوء) اعتقاده و (اختياره) ولقائل أن يقول مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم

ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره (ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشى وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه مافات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشى اذ هو

الخلاف على أن المطلق هل يحمل على المقيد أو لا فعنده نعم وعندنا لا الا فى حكم واحد فى حادثة واحدة لانه حينئذ يلزم ذلك لزوما عقليا اذ الشئ لا يكون نفسه مطلوبا ادخاله فى الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم فى كفارة اليمين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع فى القراءة المشهورة التى تجوز الزيادة بمثلها وللكلام فى تحقيق هذا الاصل فن غير هذا ولو تنزلنا الى أصلهم لم يلزم من التضييق فى كفارة الامر الاعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقييد فيه بيانا فى المطلق وتقريرما فى الكتاب ان الكفارة وهى الاعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله اذ الاعتاق يتعلق به و يتحقق أثره له وهو العتق كالزكاة والجواب ان هذا لا يعارض اطلاق النص الا اذا كان مانعا عقليا منه وليس كذلك لجواز ان باذن الله تعالى فى الاحسان والتمليك تصدقا على الكافر بالامور الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه فى كتاب الزكاة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على أهل الاديان والاتفاق على جواز الصدقة النافلة عليه مع ان المقصود منها التقرب الى الله تعالى فلولا ان مقصود القربة الى الله تعالى يحصل بذلك لم تشرع أصلا ولا يزيد الفرض على كونه قربة اليه تعالى الا بكونه مامورا به ولا يظهر لوصف المامورية أثر فى منافاة كون محله كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافى معنى القربة ولولا النص الذى يخص الزكاة لقلنا بجواز دفعها لفقراء أهل الذمة وهذا لان التقرب بفعل الفاعل يحصل لا بخصوص محل فعله وهو انما يعتقه لتمكنه من الطاعات بالاسلام شكرا لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من ربقة الرق لا لغير ذلك ثم اقترافه هو الكفر لسوء اختيار منه على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا و يدخل فى الكافرة المرتد والمرتدة ولا خلاف فى اعتاق المرتدة لانها لا تقتل واعتاق العبد الحربى فى دار الحرب لا يجزيه عن الكفارة واعتاق المستامن يجزيه (قوله ولا تجزئ العمياء الخ) الاصل أن يكون المعتق كامل الرق مقرونا بالنية وجنس ما يبتغى من المنافع

(قوله ونحن نقول المنصوص عليه) أى اعتاق الرقبة وقد تحقق فان قيل أمر بتحرير رقبة وهى نكرة فتخص فى الاثبات وقد ارتدت بها المؤمنة فبطلت الكافرة لان الكفر والايمان ضدان قلنا جواز المؤمنة لانها رقبة لا لانها مؤمنة ألا ترى انا نجوز الصغيرة والكبيرة و بين صفتى الصغر والكبر تضاد (قوله وقصده من الاعتاق تمكينه من الطاعة) جواب عن قوله الكفارة حق الله فلا يجوز صرفها الى عدوه قلنا قصد المكفر ان يتمكن من الطاعات نحو الزكاة والحج والجهاد والقضاء والشهادة ثم مقارنة العبد المعصية تضاف الى سوء اختيار العبد فلا يخل ذلك بمقصود المكفر فان قيل قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون نهى أن يطلب التقرب بالخبيث ولا خبث أشد من الكفر قلنا الكفر خبث من حيث الاعتقاد والمصروف الى الكفارة المالية ومن حيث المالية هو عيب يسير على شرف الزوال (قوله حتى تجوز العوراء) وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا تجوز لانها ناقصة نقصانا لا يرجى زواله فكانت كالعمياء والاصل عنده ان كل

لا يكن تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما فى الزكاة والجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه أيضا لان فيه مواساة عباد الله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم اخرجهم عن المصرف قال (ولا تجزى العمياء) أى لا يجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان أو أنثى وكلامه ظاهر والضابط فى تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى أعتق رقبة كاملة الرق فى ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز عما اذا أعتق نصف رقبة فجامعها ثم أعتق النصف الآخر لم يجز وان أعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا أعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز أيضا وقوله وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين أو الرجلين وما ماثل ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا أعتق عبده على بدل فانه لا يقع عليه عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير فى ذلك الجنس كالهالك لان قيام الشخص بمنافعه وقوله (ويجوز الاصم)

(قوله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها الخ) أقول ولعل هذا خبر مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب (قوله ثم أعتق النصف الآخر لم يجز) أقول حقها عبارة فانه لا يجوز (قوله كما تقدم) أقول فى أول الصفحة

عليه متعذر و يجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان أصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بان ولد أصم وهو الاخرس لا يجزيه (ولا يجوز مقطوع ابهامى اليدين) لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المجنون الذى لا يعقل) لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع (والذى يجن و يفيق يجزيه) لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذى أدى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن أبى حنيفة أنه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف أمومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان

بلا بدل فظهر ان اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لان بفوات جنس المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ولم يعتبر وافوات الزينة على الكمال مع انهم اعتبروه فى الديات فالزموا بقطع الاذنين الشاخصتين تمام الدية وجوز واهنا عتق مقطوعهما اذا كان السمع باقيا ومثله فيمن حلقت لحيته فلم تنبت لفساد المنبت وما علاوه فى جعل العنين والخصى والمجبوب من الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المماليك يعلل به فى فوات الزينة على الكمال لان باعتبار ذلك لا يصير المرقوق هالكا من وجه بل الحر فعن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه وتجوز الرتقاء والقرناء والعوراء والعمشاء والعشواء والبرصاء والرمداء والخنثى لا مقطوع اليدين أو الرجلين أو احدى كل من اليدين والرجلين من جهة واحدة و يجوز من خلاف أما مقطوع ابهامى اليدين فلما فى الكتاب ومثله مقطوع ثلاث أصابع غير الابهامين من كل يد لان الاكثر كالكل و يجوز مقطوع اصبعين غير الابهام من كل يد لا ساقط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق لان المنافع كلها فى حقه فائتة لان الانتفاع بها انما هو بالعقل وأما الذى يجن و يفيق فيجزى عتقه أطلقه فى الهداية والمراد اذا أعتقه فى حال افاقته وفى الاصم روايتان وما ذكر فى الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين فيحمل رواية النوادر الاصم الذى ولد أصم وهو الاخرس فانه لا يسمع أصلا ولا يتكلم ويحمل ظاهر الرواية الذى اذا صيح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا أعتق عبدا حلال الدم قضى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز وفى التجنيس من علامة عيون المسائل اذا أعتق عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى و يخاف عليه يجوز وان كان لا يرجى لا يجوز لانه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يعتبرهما الا كغيرهما من الاصابع وأيضا رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة البطش ليست لازمة ولا عنه فوات جنس المنفعة بل ضعفها (ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد)

عيب لا يرجى زواله يكون فاحشا يمنع جواز التكفير به وكل عيب يرجى زواله يكون يسيرا لا يمنع جواز التكفير به كالحمى والشجة و يجزى الخصى ومقطوع الاذنين ومقطوع المذاكير عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فات جنس المنفعة ولهذا يجب كمال الدية قلنا بعد الاذنين الشاخصتين السمع باق وانما يفوت ما هو زينة وجمال فلا تصير الرقبة مستهلكة كفوت شعر الحاجبين واللحية وفى الخصى ومقطوع المذاكير انما تفوت منفعة النسل وهى زائدة على ما يطلب من المملوك (قوله والذى يجن و يفيق يجزيه) يريد به اذا أعتقه فى حال افاقته وروى ابراهيم عن محمد رحمه الله اذا أعتق عبدا حلال الدم قد قضى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز كذا فى المحيط (قوله ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد) لان المنصوص عليه الرقبة وذلك اسم للذات حقيقة وللذات المرقوقة عرفا وقد دل على الرق قوله تعالى فتحرير رقبة فيقتضى قيام الرق مطلقا و بالاستيلاد يتمكن النقصان فى الرق حتى لا يعود الى الحالة الاولى بحال ولان قوله تعالى فتحرير رقبة يقتضى انشاء العتق من كل وجه واعتاق أم الولد تعجيل لما صار مستحقا لها فلا يكون انشاء من كل وجه هكذا فى المبسوط وانما صار العتق ناقصا بنقصان الرق لان العتق ضد الرق لا ضد الملك لان الملك ثابت فى الثياب ولا

واضح وقوله (لان قوة البطش بهما) يفيدان ما نزول به تلك القوة كان مانعا فقطع أكثر اصابع كل يد كقطع جميعها وقوله (والذى يجن و يفيق يجزيه) يعنى اذا أعتقه فى حال افاقته (ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد) لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وأم الولد ليست بكاملة (لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا) فانه اذا ثبت فيه شئ من القوة الحكمية زال فى مقابلته شئ من الضعف الحكمى

وقوله (فاشبه المدبر) استدلال بما لا يقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي جائز فكان هذا احتجاجا

الانفساخ فان أعتق مكاتبا لم يؤد شيأ جاز خلافا للشافعي له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على مابينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق

ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يؤد شيأ الا الذي أدى بعض الكتابة والشافعي منعه وألحق المكاتب بالمدبر وأم الولد بجامع انه استحق العتق بجهة الكتابة فاشبه المدبر وأم الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيهما بل هو أولى بعدم الاجزاء منهما فانه لو قال كل مملوك لي حر عتق مدبره وأم ولده ولا يعتق مكاتبه الا بالنية فدل انه أنقص رقا منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها كالمنع من التجارة وهذا كله على وجه الالزام لنا في المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه جائز وهو مذهب أحمد بناء على جواز بيعه عندهما خلافا لنا وفي أم الولد على وجه الاثبات لمفسه ونحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها يوجب نقصان الرق فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم يلزم نقصان الرق فهذا أولى لان سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وأم الولد لم يثبت نقصان الرق فيهما لان الحاصل فيهما أيضا تعليق العتق بموت السيد ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوته من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته وهذا هو الثابت في المدبر وأم الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما أوجبت فك الحجر في المكاسب وذا لا يمكن نقصانا في الرق اذ المكاسب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء رواه أبو داود المراد به كامل في العبودية والرق وانما يستبد المولى بفسخه لانه ببدل فانعقد لازما على المولى بخلاف الاذن في التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل مملوك له حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك أعم من محل الرق ألا يرى ان الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالامتعة والحيوان غير الآدمي ففي العبد رق في رقبته وملك يحاذيه فيها ويتعدى الى غيرها من منافعه واكسابه والكتابة أوجبت الفك في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق ولكن العتق انما يعتمد

يثبت العتق فيها والاعتاق ازالة الرق واثبات القوة فكماله بكمال الرق أو الضعف الحكمي فان قيل الاعتاق ازالة الملك عند أبي حنيفة رحمه الله والملك فيهما كامل فنقصان الرق لا يمنع كمال الاعتاق قلنا هذه الرواية ممنوعة وبعد التسليم الاعتاق ازالة الملك المستلزمة لزوال الرق وانما كان اعتاقا لزوال الرق لا لزوال الملك بدليل انه لا يتصور الاعتاق بدون رق المحل ولو كان الاعتاق ازالة الملك لوجب أن يصح في مملوك لا رق فيه (قوله فاشبه المدبر) أي على مذهبكم فعند الشافعي رحمه الله تعالى بيع المدبر جائز فكيف لا يجوز اعتاقه عن الكفارة فكان هذا منه استدلالا بمذهبنا احتجاجا علينا (قوله ولنا ان الرق قائم من كل وجه على مابينا) وهو قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ولا يتمكن النقصان في رقه ولا يصير العتق مستحقا له بسبب الكتابة لان حكم العتق في الكتابة متعلق بشرط الاداء ولو علق عتقه بشرط آخر لم يثبت به الاستحقاق فكذلك بهذا الشرط بل أولى لان التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وبهذا الشرط لا يمنع ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى لان نقصان الرق بثبوت الحرية من وجه وكان ثبوت الحرية من كل وجه لا يحتمل الفسخ فكذا ثبوتها من وجه لان حق العتق لا يحتمل الفسخ كحقيقته كالتدبير والاستيلاد بخلاف المكاتب الذي أدى بعض البدل لانه تحرير بعوض وبه لا تتادى الكفارة لانها عبادة فلا بد أن تكون خالصة لله تعالى ومتى كان بعوض لم يكن خالصا لانه يكون تجارة (قوله والكتابة لا تنافيه) أي لا تنافي الرق لان موجب الكتابة فك الحجر في حق المكاسب وذا لا يمكن نقصانا في رقه

علينا بمذهبنا وقوله (على مابينا) اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (والكتابة لا تنافيه) دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة ولم يزل رقه بها لان الشيء لا يزول الا بمنافيه والكتابة لا تنافي الرق (فانه) أي عقد الكتابة أوذكره باعتبار الخبر (فك الحجر) اذ لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون أجاب بقوله الا أنه أي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه أي من جانب المولى وقوله (ولو كان مانعا) جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق عن الكفارة لكنه اذا أعتقه عن الكفارة (ينفسخ) قبل الاعتاق (مقتضى الاعتاق اذ هو) أي عقد الكتابة (يحتمل الفسخ فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله اكسا

اذ

أجاب بقوله (الا أنه يسلم له) أي للمكاتب (الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل) يعني المكاتب (بجهة الكتابة) واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والاولاد عن ملكه كما لو عتق باداء بدل الكتابة وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة والدلالة انما تتحقق اذا سلم له الاكساب والاولاد فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لا يختلف لا في ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق

اذ هو يحتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة أو لان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب (وان اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها) وقال الشافعي لا يجوز

الرق لانه لو دار مع الملك ثبت في غير الآدمي أيضا فكان حينئذ كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المزحزح (قوله الا انه يسلم له الاكساب الخ) جواب عما قد يقال عتقه حيث وقع انما يقع شرعا بجهة الكتابة وان عين السيد جهة التكفير بدليل انه يسلم له الاكساب والاولاد فعلم انه بجهة الكتابة أجاب بوجهين الاول أن العتق في المكاتب واحد والاعتاق من جانب المولى تختلف جهاته ففيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفيما يرجع الى المولى جعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا للمقصود للزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل عين المقصود فلا يبالي باختلاف السبب ففي مسئلة الزوج نفس حقه ليس الابراء ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالي بكونه عن سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس الا عتقه عند الاداء وقد حصل عينه الثاني انفساخ الكتابة ضروري اذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف من عاقل مسلم فيما فيه مانع يحتمل الفسخ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فظهر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الاكساب والاولاد لانه لا دلالة على الرضا فيهما فيعتق في حقهما مكاتبا فتسلم له ولا يلزم من كونه عتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة والا لتقرر بدل الكتابة اذ تسليم المبدل يوجب تقرر البدل (قوله وان اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها) هذا في الشراء أما لو ورث أحدهما فنوى

كالاذن في التجارة وانما لم يستبد المولى بالفسخ لانه فك بعوض فيكون لازما والمكاسب غير الرقبة والتصرف فيه لازما أو غير لازم لا يمكن نقصانا في الرق والملك كالاعارة والاجارة وبسبب اللزوم يمتنع على المولى التصرف فيه ويلزمه العقر والارش لان ذا يرجع الى المكاسب والمنافع وهي مستحقة له فاذا لم يكن نقصانا في الرق لا يمنع من التحرير للتكفير لانه ازالة الرق ولئن كان مانعا منه ينفسخ ضمنا للاعتاق لانه قابل للفسخ برضى المكاتب وقد وجد الرضا هنا دلالة لانه لما رضي بحصول العتق ببدل لان يرضى بحصوله بلا بدل أولى (قوله الا انه يسلم له الاكساب) جواب سؤال بان يقال لو انفسخت الكتابة لما سلمت له الاكساب والاولاد لان سلامتها موجب حصول العتق بجهة الكتابة قلنا انما سلم له الاكساب والاولاد لانه عتق وهو مكاتب لا لانه عتق بجهة الكتابة كما لو كانت أم ولده ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد ويسلم لها الاكساب والاولاد وهذا لان العتق في المكاتب واحد والاعتاق من المولى يختلف جهاته وفيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفي حق المولى يجعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وتجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا للمقصود الزوج عند الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة كذا في المبسوط أو نقول الفسخ ضروري والثابت ضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الاولاد والاكساب لانه لا دلالة على الرضا فيهما فان قيل الملك انتقص بالكتابة حتى لا يدخل تحت المملوك المطلق قلنا الملك غير منصوص عليه وانما شرط الملك ضرورة ان العتق لا ينفذ الا فيه فشرط بقدر ما يتادى به الضرورة وهو ملك الرقبة لا المنفعة وهذا لان الاعتاق لازالة الرق وملك الرقبة فكماله بكمالهما وهما كاملان لما مر وانما

للتكفير لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين (أو لان الفسخ ثبت ضرورة صحة الاعتاق) فلا يظهر في حق الاولاد والاكساب وقوله (وان اشترى أباه أو ابنه) واضح

(قوله وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضا المكاتب الخ) أقول فصار لهذا العتق سببان اعتاق مقيد من المولى وعقد الكتابة وحق العبد في ان لا يبطل ما ثبت بهذا العقد وقد حصل حكم العلة وهو العتق وهو غير منجز فيضاف الى كل واحد من السببين كملا كان ليس معه غيره كواحد قتل جماعة فانه يقتل بهم ويصير كل واحد مستوفيا حقه بصفة الكمال (قوله فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لا يختلف) أقول ضميرلانه راجع الى العتق (قوله وجعل الاعتاق للتكفير) أقول كيف يجعل عتقه بجهة الكتابة وهو معلق باداء البدل والمفروض أنه لم يؤد شيأ والتعويل عندي على الجواب الثاني ومحصوله الفرق بين عتقه وهو مكاتب وعتقه بجهة الكتابة والثابت هنا هو الاول فانها لم تنفسخ في حق الاولاد والاكساب وعليك بمراجعة سائر الشروح تزدك بصيرة فيما قلنا (قوله وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين) أقول قوله هو راجع الى الاعتاق وقوله نظرا تعليل لقوله وجعل الاعتاق ولقوله فجعل العتق الخ

وقوله (بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا) يعنى أنه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق
معسرا لانه يصير حرا مديونا بناء على أن الاعتاق عندهما لا يتجزأ أجيب بانه انما لم يجز لان وجوب هذا الدين بسبب الاعتاق فلا يكون العتق
مجانا فلا يقع عن الكفارة (ولابى حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه) لتعذر استدامة الملك فيه (ثم يتحول اليه بالضمان) ما بقى منه
فكان فى المعنى اعتاق عبد الا شيأ ومثله يمنع (١٠٠) الكفارة فان قيل المضمونات تملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب
فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق وكان النقصان فى ملكه لا فى ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما نذكره فيما يليه أجيب بان الملك فى المضمون يثبت بصفة الاستناد فى حق الضامن والمضمون له لا فى حق غيرهما على ما عرف فى كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك فى حقها مستندا ويلزم النقصان المانع (فان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه جاز لانه أعتقه بكلامين) فلا محظور فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع أجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه أعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم أعتق ما بقى ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما
تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل فى النصف الباقى واعتاق
مصروفا الى الكفارة لانعدام الملك له فى ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الباقى وأعتقه فقد صرفه الى
الكفارة وهو ناقص وصار فى الحاصل كأنه أعتق عبدا الا قدر النقصان وقوله (وهذا) أى جعله اعتاقا بكلامين (على أصل أبى حنيفة)
فى تجزى الاعتاق (أما عندهما فالاعتاق لا يتجزأ فاعتاق النصف أعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين) وعلى هذا مبنى المسألة التى تليها وهى

وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسألة تأتيك فى كتاب الايمان ان شاء الله وان أعتق نصف عبد مشترك وهو
موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبى حنيفة ويجوز عندهما لانه ملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل
العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية فى نصيب الشريك
فيكون اعتاقا بعوض ولابى حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع
الكفارة (فان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها اجاز) لانه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على
ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف
ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على أصل أبى حنيفة أما عندهما فالاعتاق لا يتجزأ فاعتاق
النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين (وان أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التى ظاهر منها
ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبى حنيفة) لان الاعتاق يتجزأ عنده وشرط الاعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص

الكفارة فقد قدمناه ولو وهب له أو أوصى له صح الحاصل انه اذا دخل فى ملكه بصنع منه ان نوى عند صنعه
أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه والا فلا ولو قال ان دخلت الدار فانت حر ونوى كون العتق وقت دخوله عن
الكفارة لا يجوز ولو نواه وقت اليمين جاز (قوله وضمن قيمة باقيه) يعنى أعتق ذلك الباقى أيضا (لم يجز عند
أبى حنيفة وعندهما يجوز) بناء على تجزى الاعتاق وعدمه عندهما لا يتجزأ فاعتاق نصفه اعتاق كله فيران
المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ولا سعاية على
العبد حتى يكون اعتاقا بعوض ولو كان المعتق معسرا لا يجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية عندهما
فيكون عتقا ببدل وان لم يكن ذلك البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود انه لزم العبد بدل فى مقابلة
تحرير رقبته وعنده يتجزأ فانما أعتق نصيبه فى الابتداء ونصف الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان فى الرق
فى النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كام الولد بل أشد لان عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وهذا
النقصان وقع فى ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير فصار كانه أعتق عبدا الا
شيأ منه بخلاف المسألة التى بعد هذه فانه أعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على
ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فيجوز كمن أضجع شاة ليذبحها أضحية فاصابت السكين عينها فاعورت
فان قيل الملك فى المضمون يثبت مستندا الى وقت وجود السبب وبه يظهر أن نصيب الساكت ملك للمعتق
زمان الاعتاق وهو اذ ذاك لا نقصان فيه قلنا الملك انما يثبت مستندا فى حق الضامن والمضمون له لا فى حق
غيرهما فيمكن النقصان فى نصيب الساكت فى حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز ولا يخفى ان التعيب
ضرورة اقامة المامور به ليس كالتعيب بصنعه مختارا حتى انه لو فقأ عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزيه
فكان المشترك أولى بالاجزاء من العبد المختص لان مالك النصف لا يقدر على عتقه الا بطريق عتق نصفه فاله

خرج عن ملك اليد والاعتاق لا يتصل به (قوله فان أعتق نصف عبد مشترك) الى قوله بخلاف ما اذا كان
معسرا حيث لا يجوز بالاتفاق وكان ينبغى أن يجوز عندهما لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيكون حرا
مديونا لكن لما وجب عليه السعاية فى نصيب شريكه كان اعتاقا بعوض فلا يجوز عن الكفارة ولا يجب عليه
شئ اذا كان المعتق موسرا وقد عتق الكل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما ولابى حنيفة رحمه الله ان الاعتاق

واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس (واذا لم يجد
المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام
التشريق) أما التتابع فلأنه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما أوجبه الله
والصوم فى هذه الايام منهى عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل (فان جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين

أشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال وجوابه ان المعنى انه حصل بسبب اقامة الواجب وهذا القدر كاف فى
عدم مانعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن اقامة الواجب الا كذلك فان الشارع لما أطلق له العتق بمرة
وبمرات كان لازمه انه اذا حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع وعن هذا بحث بعضهم انه يجب الاجزاء فى الصورتين
فان النقص فى الاول أيضا حصل بسبب العتق كالثانى والعمد وعدمه سواء لانه نقصان حكمى فيستوى فيه
العمد والخطأ ولان الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه فى الكل عند اعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية
وأجاب عن قولهم انما يستند فى حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بان النقص لما كان حكميا نسواء
وجد فى ملكه بين اعتاق نصفه واعتاق باقيه أو فى ملك غيره بين الاعتاقين لانه لو كان ينافى كمال الرق تمنع
مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا تستلزم منافاة الاجزاء الا اذا كان فى غير ملكه لانه أهدر لحصوله بسبب اقامة
الواجب غير انه اذا وقع فى ملك غيره وضمنه كان مشتريا الناقص رقا معنى فعتقه عن الكفارة بخلاف ما اذا وقع
فى ملكه حيث يتحقق فيه الاهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم اعتاقه فيث أهدر كان كأنه أعتق نصفه
وبعض النصف الآخر ثم أعتق باقيه بخلاف الاول لا يمكن جعل النقصان فى ذلك النصف مضافا الى الكفارة لعدم
ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان اذا كان فى ملك غيره فلم يقع عن الكفارة (قوله واعتاق النصف حصل
بعده) فان قيل كل اعتاق بعد هذا وان كان اعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا
من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضا قلنا انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس
الثانى وبطل اعتاق ذلك النصف لان الشرط للحل مطلقا اعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الاثم
بذلك المسيس ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفى معه عتق النصف لان المجموع حينئذ ليس
قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت الى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع
بجميع رقبة (قوله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق الخ) فى الخزانة لا يصوم من له خادم بخلاف المسكن وقال
الشافعى والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتبراه بالماء المعد للعطش والفرق عندنا ان الماء مامور
بامساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازى فى أحكام القرآن ويرد عليه
المسكن وجوابه أنه بمنزلة لباسه ولباس أهله بخلاف الخادم وفى الاسبيجابى يعتبر الاعسار واليسار وقت
التكفير أى الاداء وبه قال مالك وقال أحمد والظاهرية وقت الوجوب وللشافعى أقوال كالقولين وثالثها
يعتبر أغلظ الحالين (قوله فكفارته صوم شهرين) ان صامهما بالاهلة أجزأه وان كانا ثمانية وخمسين
يوما وان صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستئناف (قوله
فان جامع التى ظاهر منها) كونها المظاهر منها قيد فى لزوم الاستقبال على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فانه

يتجزأ فانما أعتق نصيبه فى الابتداء ونصف الرقبة ليس برقبة وقد تمكن النقصان فى النصف الآخر لتعذر
استدامة الرق فيه وهذا النقصان وقع فى ملك شريكه وليس من الاداء اذ لا اداء قبل الملك وبالضمان صار
ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير وصار كانه أعتق عبدا الا شيأ منه فان قيل المضمونات تملك عند
أداء الضمان مستندا الى وقت وجود السبب فصار نصيب الساكت ملكا للمعتق زمان الاعتاق فكان
النقصان فى ملكه لا فى ملك شريكه قلنا الملك فى المضمون يثبت بصفة الاستناد فى حق الضامن والمضمون له لا
فى حق غيرهما فيتمكن النقصان فى نصيب الساكت فى حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم يجز (قوله
فكفارته صوم شهرين متتابعين) فان صام شهرين بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان
صام بغير الاهلة ثم أفطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه الاستئناف (قوله ليس فيهما شهر رمضان) ولا يوم

ظاهرة الا أنه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده بان أى اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس فينبغى أن لا يجوز عن الكفارة وأجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثانى فصار اعتاق نصف العبد كأن لم يكن وكانه قد جامع قبل الكفارة فيجب أن لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك قال (واذا لم يجد المظاهر ما يعتق) اذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين يوما وان صام لغير الاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه أن يستقبل وكذا ان أدخل فى صيامه شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق لما ذكره فى الكتاب وهو واضح (فان جامع التى ظاهر منها فى خلال الشهرين

(قوله بان أى اعتاق الى قوله فهو اعتاق الخ) أقول قوله أى اعتاق اسم ان وقوله فهو اعتاق خبران

ليلا عامدا أونهارا ناسيا استانف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يستانف) وانما قيده بالتى ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطأ يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستئناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق وانما قيد فى جماع التى ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا يستانف بالاتفاق وأما ذكر العمد فيه فى الليل فقد وقع اتفاقا لان العمد والنسيان فى الوطء بالليل سواء فعرف ان الاختلاف فى وطء لا يفسد الصوم لابى يوسف ان هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط أى التتابع هو الشرط فى كون الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد أجاب بقوله وان كان تقدمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعنى الاستئناف تاخير الكل عنه وتاخير البعض أهون من تاخير الكل (ولهما أن الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص) وهذا يحتمل وجهين أحدهما أن يكون معناه أن النص يقتضى شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثانى من ضرورة (١٠٢) الاول لان تقدمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه (وهذا الشرط) أى الشرط الثانى وهو الخلو عنه (ينعدم به) أى بالمسيس فينعدم المشروط و يجب الاستئناف لانه ان عجز عن الاتيان قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين والثانى أن يقال قوله وأن يكون خاليا عنه ضرورة تفسير الاول بطريق العطف لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة و بتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التى ظاهر منها قبل الكفارة والحكم فى ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه الاستئناف وهذا أولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقدمه على المسيس

ليلا عامدا أونهارا ناسيا استانف الصوم عند أبى حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقدمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف (وان أفطر منها يوما بعذر أو بغير عذر استانف) لفوات

لو جامع زوجته الاخرى ناسيا لا يستانف عنده أيضا كما لو أكل ناسيا لان حرمة الاكل والجماع للصوم لئلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التى ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على المسيس شرط حلها فبالجماع ناسيا فى أثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم فى حق الكفارة على وزان ما قلنا فى الجماع بعد عتق نصف العبد لصدق كون المجموع قبل التماس وكون السبب النسيان لا أثر له فى نفى هذا الواقع وعدم افساد الصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده ليلا بكونه عامدا ليس بقيد بل جماعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء لان الخلاف فى وطء لا يفسد الصوم (قوله وان أفطر يوما منها بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال) بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض فى كفارة القتل أو الفطر فى

الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق وينقطع التتابع بتخلل هذه الايام (قوله ليلا عامدا) ليس بقيد لان العمد والنسيان فى الليل سواء وقد نص عليه فى شرح الطحاوى فقال ولو جامعها بالليل ناسيا أو عامدا وقوله أو نهارا ناسيا احتراز عن العمد فانه اذا جامعها بالنهار عامدا فسد صومه وانقطع التتابع فيجب عليه الاستئناف بالاتفاق لانقطاع التتابع وقال أبو يوسف رحمه الله لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط (قوله ولهما ان الشرط فى الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص) يعنى ان الواجب عليه صوم شهرين متتابعين قبل التماس ومن ضرورة كونهما قبله اخلاؤهما عنه فاذا وطئها فقد تعذر صومهما قبل التماس ولم يتقرر اخلاؤهما عنه وبان سقط عنه أحد

شرطا الخ والجواب عن قوله انه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الفساد فى النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس التتابع فلا يتعدى الى قطع التتابع وفى العمد لعدم القائل بالفصل (وان أفطر يوما منها بعذر) كسفر أو مرض (أو بغير عذر استانف لفوات

(قوله قبل المسيس) أقول أى جنسه (قوله خاليا عن المسيس) أقول أى جنسه (قوله والشرط الثانى من ضرورة الاول الى قوله فينعدم المشروط) أقول كون الثانى من ضرورة الاول لا يقتضى أن لا يوجد الثانى بدونه كما فى اللازم العام (قوله و يجب الاستئناف لانه ان عجز عن الاتيان به الخ) أقول وفيه أنه على هذا التقرير لا يوجد أحد شرطى الكفارة فينتفى المشروط أيضا (قوله لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه الخ) أقول ان أراد اتحادهما ذاتا فليس كذلك لعموم الاخلاء وان أراد الاستلزام فلا يفيده وعندى أن الاخلاء من ضرورة التقديم وان المراد بالمسيس ما يطلب حله لا جنس المسيس ثم لما بدأ المظاهر بالتكفير علم أنه طالب أن يقع كل مسيسه بعده مباحا فالذى وقع فى خلاله كان مطلوب الحل بحسب ظاهر حاله من البداءة بالتكفير فلم يخل عنه ولم يوجد الشرط واذا استانف وأخلى عنه يوجد الشرط بالنسبة الى ما بعده من المسيس المطلوب حله فليتامل (قوله وترك العود الى الكفارة) أقول قوله الى الكفارة متعلق بقوله ترك العود (قوله والجواب عن قوله انه الى قوله فلا يتعدى الى قطع التتابع) أقول لا يقال صحة هذا الكلام تستلزم أن ينقطع التتابع اذا وطئ غير المظاهر منها بالنهار ناسيا

التتابع وهو قادر عليه عادة (وان ظاهر العبد لم يجز فى الكفارة الا الصوم) لانه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال (وان أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجزه) لانه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه (واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا (و يطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير أو قيمة ذلك) لقوله عليه السلام

رمضان حيث لا تستانف وتصل قضاءها بعد الحيض ولو أفطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لانها لا تجد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة و وجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست فى صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت كما لو حاضت فى خلال صوم كفارة اليمين فانها تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها (قوله لانه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه) أوقعه تعليلا لقوله وان أطعم المولى عنه أو أعتق فافادان معناه انه ملكه وأمره أن يعتق أو يطعم ليكون هو المكفر اذ لا بد من الاختيار فى أداء ما كلف به أو معناه ان العبد أمره ففعل ذلك فانه يتضمن تمليكه ثم اعتاقه عنه واطعامه واعلم ان للسيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات الا كفارة الظهار لانها يتعلق بها حق الزوجة (قوله واذا لم يستطع الصيام) أى لمرض لا يرجى زواله أو كبر (قوله أو قيمة ذلك) أى من غير ما نص عليه فلو دفع منصوصا عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجز الا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا مثاله دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمته نصف صاع بر أو صاعا من البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز فلو كان التمر صاعا دفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لان الاعتبار فى المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ولو جاز ذلك فى الاعتبار لزم ابطال التقدير المنصوص عليه فى كل صنف وهو باطل ثم اذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذى دفعه لهم فان لم يجدهم باعيانهم استانف فى غيرهم لا يقال لو كسا عشرة مساكين فى كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الاطعام جاز عنه اذا كانت قيمة نصيب كل منهم قدر قيمة الاطعام مع ان كلا منهما منصوص عليه قلنا المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير انها

الشرطين لعذر لا يسقط عنه الآخر وقد أمكن اعتباره فان قيل الخلو عن المسيس ثبت ضمنا لاشتراط القبلية وقد سقط اعتبارها فى هذه المسئلة فسقط ما فى ضمنها قلنا لم يسقط اعتبارها فى هذه المسئلة فان الحكم لا يتبدل بمعصية العبد بل الكفارة بعد ما جامعها مشروطة بشروطها الا انه لا يؤخذ بفعل عجز عن اقامته كما لا تؤخذ المرأة بالتتابع أيام الحيض فى صوم شهرين متتابعين لا بسقوط شرط التتابع بل لعجزها عن الاقامة مع قيام الخطاب حتى لزمها اقامة التتابع بسائر الوجوه التى تقدر عليها ولما كان شرط القبلية قائما بقى ما فى ضمنه من الخلو والسقوط كان بالعجز فسقط ما عجز عنه دون ما قدر عليه كالمرأة فى اقامة شرط التتابع كذا فى الاسرار وذكر فى شرح الطحاوى ان المرأة اذا صامت عن كفارة الافطار وكفارة القتل فحاضت فى خلال ذلك فانها لا تستقبل الصيام ولكنها تصل أيام القضاء بعد الحيض لانها معذورة لا تجد صوم شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو نفست استقبلت ولو أفطرت يوما بعد الحيض تستقبل ولو كانت تصوم عن كفارة اليمين فحاضت فى خلال ذلك فانها تستقبل الصيام لانها تجد صوم ثلاثة أيام لا حيض فيها ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق قبل غروب الشمس فى آخر ذلك اليوم يجب عليه العتق و يكون صومه تطوعا لانه قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل فانتقض حكم البدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الفراغ من الصلاة والافضل أن يتم صوم هذا اليوم ولو لم يتمه وأفطر لا يجب عليه القضاء عندنا وقال زفر رحمه الله يجب عليه القضاء ولو قدر على الاعتاق بعد غروب الشمس فى آخر اليوم جاز صومه عن كفارته (قوله وان ظاهر العبد) الى قوله فلا يصير مالكا بتمليكه فان قيل ينبغى أن يثبت العتق فى ضمنه اقتضاء قلنا انما يصح ذلك أن لو كان تبعا والعتق أصل الاهلية فلا يثبت اقتضاء (قوله أو قيمة ذلك) أى من غير الاعداد المنصوصة مطلقا وأما فى الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها قيمة اذ كانت أقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت أكثر

التتابع وهو قادر عليه عادة) وهذا احتراز عما اذا أفطرت المرأة فى كفارة القتل أو الافطار بعذر الحيض فانها لا تستانف لانها معذورة عادة اذ لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق فى آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته قوله (وان ظاهر العبد) ظاهر وقوله (أو قيمة ذلك) أى من غير الاعداد المنصوصة مطلقا وأما فى الاعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة اذا كانت أقل قدرا

أو بالليل كيفما كان وقد صرح بخلافه آنفا لان هذا الكلام وارد سند المنع استلزام عدم فساد الصوم انتفاء قطع التتابع فلا يصح أن يقال لو صح اذ حاصله لم لا يجوز أن يكون من المواضع التى يقتصر فيها النص على مورده لورود على خلاف القياس فليتامل (قوله أى من غير الاعداد) أقول مراده المعدودات (قوله فلا يجوز أداؤها قيمة اذا كانت أقل قدرا) أقول وأما اذا كانت أكثر أو مساوية فيجوز كما يجىء

مما قدره الشرع وان كانت أكثر من الآخر ومثله فيه حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعا من تمر أو شعير لا يجوز اذ الاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة أكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غيره وقوله (في حديث أوس بن الصامت) هو أخو عبادة بن الصامت وأوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهي المجادلة التي نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم وأما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي وما ذكره المصنف موافق لما أورده الامام المستغفري في معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر الليثي وقوله (فيعتبر بصدقة الفطر) يعني في المقدار ولكن بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطي فقيرا منا من حنطة ومنا آخر قفيرا آخر لا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد الاطعام المعتاد للمساكين وأما في صدقة الفطر فاعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا وقوله (أو قيمة ذلك) ظاهر وقوله (لحصول المقصود اذ الجنس متحد) يعني من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر وأما اذا اختلف الجنس كما اذا أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة مساكين

في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله أو قيمته ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة (فان أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز) لحصول المقصود اذ الجنس متحد

لا تتحقق الا بالثوب فلما لم يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة أعني الكسوة أصلا لانه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر اذ لا كسوة الا بثوب يصير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص (قوله في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر) وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبراني في حديث أوس بن الصامت قال فاطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا أملك ذلك الا أن تعينني فاعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا وأعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه انه كان برا لان التمر والشعير يجزى منه صاع وقدمنا عن أبي داود من طريق ابن اسحق عن معمر ابن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث أوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فاني ساعينه بعرق من تمر قالت امرأته يارسول الله وأنا أعينه بعرق آخر قال أحسنت قال فيه والعرق ستون صاعا وأخرج عنه أيضا الحديث بهذا الاسناد الا أنه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا وهذا أصح لانه لو كان ستين لم يحتج الى معاونتها أيضا بعرق آخر في الكفارة وأخرج أبو داود عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا وهذه معارضة في انه كان المخرج تمرا أو برا والله تعالى أعلم وأما الذي في حديث سلمة بن صخر البياضي قال فاطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قال والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشيين ما أملك لنا طعاما قال فانطلق الى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها الحديث أخرجه أحمد وأبو داود ويكفي ما أثبتناه في صدقة الفطر من أن الواجب من البر نصف صاع اذ لا قائل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة (قوله لان الجنس متحد) وهو جنس

من الآخر أو مثله قيمة حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد يبلغ نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ صاعا من تمر أو شعير لا يجوز والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة أكثر كذا في المحيط وهذا لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وانما اعتباره في غير المنصوص عليه فان قيل يشكل على هذا ما لو كسا عشرة مساكين ثوبا واحدا في كفارة اليمين جاز عن الطعام اذا كان قيمة نصيب كل واحد منهم مثل قيمة الطعام قلنا لا يرد علينا ذلك لان المنصوص عليه هنالك الكسوة والكسوة ما يحصل به الاكتساء وبعشر الثوب لا يحصل ذلك لكل مسكين فلم يكن المؤدى منصوصا عليه فيعتبر المعنى فيه فكان هذا طردا لا نقضا لانا قلنا ان اعتبار معنى النص في غير موضع النص وهذا في غير موضعه قلنا فيجوز ولان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام فللمغايرة تجوز اقامة أحدهما مقام الآخر والمقصود باصناف الطعام واحد واعتبار عين المؤدى فيه أولى كذا في المبسوط (قوله لحصول المقصود اذ الجنس متحد) أي من حيث الاطعام ورد

او الكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالاطعام ألا ترى ان الاباحة في أحدهما تجوز دون الآخر واستشكل بما اذا أعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز وان

نظيره (قوله تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز) أقول قوله لا يجوز يعني لا يجوز في الاعداد المنصوصة (قوله لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غيره) أقول ضمير له راجع الى المعنى وضمير غيره راجع الى المنصوص (قوله وأما اذا اختلف الجنس الى قوله لم يجزه الخ) أقول وأما اذا كان مثله قيمة أو أكثر فيجوز بطريق أداء القيمة

عنها وان اتحد الجنس من حيث الاعتاق وأجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره) ظاهر وقوله (فان غداهم وعشاهم) بكلمة الواو لا باو لان التغدية وحدها أو التعشية وحدها لا تجزى قال في المبسوط المعتبر في التمكين أكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما غداآن أو عشاآن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله اذا غدى ستين وعشى ستين آخرين لا يجوز وقوله (قليلا أكلوا أو كثيرا) يعني ان المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان أحدهم شبعان اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال بجوازه لانه وجد اطعام العدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه اشباع الستين وهو ما أشبعهم وقوله (وقال الشافعي) متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكاة وصدقة الفطر (وهذا) أي عدم جواز الاباحة (لان التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة

(وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) لانه استقراض معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه (فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما أكلوا أو كثيرا) وقال الشافعي لا يجزئه الا التمليك اعتبارا بالزكاة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة

هذه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاقه نصفي عبد بين مشتركين بينه وبين غيره على قول أبي حنيفة فان الجنس وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لمانع آخر وهو ان المأمور به اعتاق رقبة ونصفا رقبتين ليسا رقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيها لا يمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعا (قوله فان غداهم وعشاهم جاز) لان المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مادوم ان كان خبز بر في سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء أو غداءين أو عشاءين بعد اتحاد الستين فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن أبي حنيفة في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأهم وان لم يبلغ ذلك الا صاعا أو نصف صاع فان كان أحدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر اشباعهم وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة (قوله

الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر وانما علل هنا باتحاد الجنس لانه اذا اختلف الجنس لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر حتى انه اذا أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام ألا ترى ان الاباحة تجوز في أحدهما دون الآخر ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا والمنصوص عليه ثلاثة أنواع لا غير ذكره في ايمان المبسوط وأما اذا أعتق نصف رقبة وصام شهرا أو أطعم ثلاثين مسكينا لا يجوز لان نصف الرقبة ليس برقبة وتكميل الاصل بالبدل غير ممكن فانهما لا يجتمعان فكيف يتحقق اكمال أحدهما بالآخر فان قيل يشكل على قوله اذ الجنس متحد ما اذا أعتق نصف رقبتين بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما لا يجوز عن الكفارة مع ان الجنس متحد من حيث الاعتاق قلنا انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بخلاف الاضحية فان الرجلين لو ذبحا شاتين بينهما عن أضحيتهما جاز لان الشركة لا تمنع الاضحية كما في البدنة (قوله وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه لانه استقراض معنى) وفي الكافي وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل جاز لانه صار مملوكا منه اقتضاء وقد وجد القبض المتمم للتمليك وهو قبض الفقير لانه يقبض له أولا نيابة عن الآمر ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه منه كما لو أمره صريحا بالقبض فيقبضه ثم أمره بان يصرفه الى نفسه كفارة ولا يكون للمامور أن يرجع على الآمر في ظاهر الرواية لانه يحتمل القرض والهبة فلا يرجع بالشك وعن أبي يوسف رحمه الله انه يرجع لان الكفارة كانت دينا عليه فاعتبرت بديون العباد وقوله في الكتاب لانه استقراض معنى وقع على قول أبي يوسف رحمه الله (قوله فان غداهم وعشاهم) الرواية بالواو وعشاهم لا باو لان أحدهما لا يجزى وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وفي بعض نسخ الهداية فان غداهم غداءين أو عشاهم عشاءين وفي المبسوط المعتبر في التمكين أكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما الغداآن أو عشاآن لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه اذا غدى ستين مسكينا وعشى آخرين لا يجوز ذكره في المحيط (قوله قليلا كان ما أكلوا أو كثيرا) أي بعد ما شبعوا فالمعتبر فيه الشبع لا المقدار (قوله وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجزيه الا التمليك) والاصل ان الاباحة تصح في الكفارات كفارة

قال المصنف (وان أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) أقول قال العلامة الزيلعي ثم في ظاهر الرواية ليس للمامور أن يرجع على الآمر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك وعن أبي يوسف أنه يرجع ويجعل قرضا لانه أدناهما ضررا اه وبهذا تبين أن تعليل المصنف للمسئلة بقوله لانه استقراض معنى ليس كما ينبغي لعدم انتهاضه على ظاهر الرواية والاولى أن يعلل بقوله لانه

ولنا أن المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم لانه جعل الغير طاعما (وفي الاباحة ذلك) أي التمكين

ولنا أن المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك أما الواجب في الزكاة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة (ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لايجزئه) لانه لايستوفي كاملا ولابد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لايشترط الادام (وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه وان أعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه)

وهو حقيقة في التمكين من الطعم) الطعم بالضم الطعام لايقال الاتفاق على جواز التمليك فلو كان الحقيقة ماذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا معمما أو في حقيقته ومجازه لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص والدلالة لاتمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الضرب والشتم مع التأفيف كذا هذا فلما نص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من جملتها الاكل أجوز فانه حينئذ دافع لحاجة الاكل وغيره (قوله وان أطعم مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه) وقال مالك والشافعي وهو الصحيح من مذهب أحمد لايجزيه وهو قول أكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا وبتكرر الحاجة في مسكين واحد لايصير هو ستين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ماذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز وأصحابنا أشد موافقة لهذا الاصل ولذا قالوا في المسألة الآتية عن قريب وهي ماذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لايجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب عن رمية واحدة مع ان تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو مدلول التزامي لعدد المساكين ستين فالنص على العدد أولى لانه المستلزم وغاية مايعطيه

الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية دون الصدقات كالزكاة وصدقة الفطر والحلق عن الاذى والعشر فانه يشترط فيه التمليك والضابط ان ماشرع بلفظ الاطعام والطعام تجوز فيه الاباحة وماشرع بلفظ الايتاء والاداء يشترط فيه التمليك وقال الشافعي رحمه الله يشترط التمليك في الكفارات أيضا اعتبارا بالكسوة فانه لو أعار ثيابا للمساكين فلبسوا بنية الكفارة لايجوز والجامع انه أحد أنواع التكفير اعتبارا بالصدقات وهذا لان الاطعام يذكر للتمليك عرفا يقول الرجل لغيره أطعمتك هذا الطعام أي ملكتكه والغرض دفع حاجة الفقير والتمليك دفع لحاجته واغناؤه وذا يحصل بالتمليك دون التمكين ولنا ان المنصوص عليه الطعام وحقيقة ذلك في التمكين من الطعام اذ الاطعام فعل متعد لازمه طعم أي أكل فالاطعام جعله آكلا كسائر أفعال تعدت بالهمزة فاذا لم يكن مطاوعه ملكا لم يكن متعديه تمليكا فمن شرط التمليك فقد زاد على النص فان قيل الاطعام لايخلو اما أن يكون حقيقة للتمليك والاباحة أو يكون حقيقة لاحدهما مجازا للآخر أو يكون مجازا لهما وايا ما كان لاتكون الاباحة مرادة لئلا يلزم تعميم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز اذ التمليك مراد اجماعا قلنا انما جاز التمليك عندنا بدلالة النص والعمل بدلالة النص لايمنع العمل بحقيقته ألا ترى ان شتم الوالدين حرام بدلالة النص وأصله قائم ووجه الدلالة ان الاباحة جزء من التمليك تقديرا لان حوائج المساكين كثيرة والملك سبب لقضائها فصار التمليك كقضائها كلها والاكل من هذه الحوائج فتناول النص جزءها فصحت تعديته الى كلها لاشتماله على المنصوص عليه وغيره فيكون عملا بالنص معنى بخلاف الكسوة فان النص ثمة تناول التمليك لانه جعل الثوب هناك كفارة اذ الكسوة اسم للثوب فتوجب التكفير بعين الثوب وانما يكون كذلك بالتمليك دون الاعارة لانها تصرف في المنفعة فكان النص ثمة واقعا على التمليك الذي هو قضاء لكل الحوائج فلم تصح تعديته الى جزئها وهو الاباحة وبخلاف الصدقات فان الواجب ثمة الايتاء والاداء وهما ينبئان عن التمليك واما صدقة الحلق على الاذى فعند محمد رحمه الله تعالى عليه يشترط فيها التمليك لان المنصوص عليه الصدقة فينصرف الى التمليك كصدقة الفطر وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه تجوز فيها الاباحة لانها كفارة فاعتبرت بسائر الكفارات (قوله فان أعطى مسكينا واحدا ستين يوما أجزأه) وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لايجوز

(كما في التمليك) فيتأدى الواجب بكل واحد منهما أما بالتمكين فلمراعاة عين النص واما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملك منه فاما أن يطعم أو يصرفه الى حاجة أخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه أما الواجب في الزكاة فهو الايتاء لقوله تعالى وآتوا الزكاة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله عليه السلام أدوا عن تمونون وهما للتمليك حقيقة وقوله (ولو كان فيمن عشاهم صبي) ظاهر

طلب التمليك منه معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه فليتأمل قال المصنف (وفي الاباحة ذلك كما في التمليك) أقول كان الظاهر ان يقول وذلك هو الاباحة فيستلزمه التمليك قال المصنف (ولو كان فيمن عشاهم الخ) أقول مسئلة كتاب الايمان ذكرها بسبيل التفريع وان لم تكن مذكورة في الجامع الصغير ومختصر القدوري لكن كان ينبغي أن يقول فيمن غداهم وعشاهم أو يقول فيهم أو يقول لو كان أحدهم فطيما لان العشاء وحده لايعتبر كذا في شرح الاتقاني

وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد في عدم جوازه وأما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لايجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لايجوز الصرف الى الغني وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لاحاجة له الى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى اليه بخلاف كفارة أخرى لان المستوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم ولايمكن أن يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير باتم من هذا (وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك

لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لايجزئه وقد قيل يجزئه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص

كلامهم ان بتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكما فكان تعددا حكما وتمامه موقوف على أن ستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة أو حكما ولايخفى أنه مجاز فلا مصير اليه الا بموجب فان قلت المعنى الذي باعتباره يصير اللفظ مجازا ويندرج فيه التعدد الحكمي ماهو قلت هو الحاجة بكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد اذا تحقق تكررها الا أن الظاهر انما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء (قوله وهذا) أي عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الاباحة لايجوز من غير خلاف لانه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني فكان اطعام الطاعم أما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد اختلف فيه قيل لايجوز أيضا الا عن يومه ذلك وصححه في المحيط لان المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف مايقوم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه اطعام الطاعم فلا يجوز كما لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغني بخلاف الدفع في كفارة أخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لان المدفوع كالهالك بالنسبة اليهما فان قيل لو كسا مسكينا واحدا عشرة أثواب في عشرة أيام يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة الى الثوب بتجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف أحوال الناس ولايمكن تعليق الحكم في الثوب بغير الحاجة اليه فاقيم مضي الزمان مقامها لانها به تتجدد وأدنى ذلك يوم لجنس الحاجات ومادونه ساعات لايمكن ضبطها وقيل يجزئه لان التمليك لما أقيم مقام حقيقة الاطعام وفرغ من ذلك نظر اليه من حيث انه تمليك والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع أولا هالكا بالنسبة الى المدفوع ثانيا كما هو هالك بالنسبة الى دافع آخر وكفارة أخرى وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة اذ الحال قيامها وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا أن الاول أحوط ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما أقيم مقام الشئ اعتبرت فيه أحكام ذلك الشئ وأما ما نعتقده فعدم جواز التمليك كالاطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى

(قوله وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لايجزيه) وذكر في المحيط وهو الصحيح لانه بعدما استوفى وظيفته في هذا اليوم لايحصل سد خلته بصرف وظيفة أخرى في هذا اليوم اليه بخلاف كفارة أخرى لان المستوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه تختلف أحوال الناس فيه فلا يمكن تعليق الحكم بعينه لتعذر الوقوف عليه فيقام تجدد الايام فيه مقام تجدد الحاجة تيسيرا وقد قيل يجزيه لان الحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز ذلك في يوم واحد كما يجوز في الايام بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان الواجب عليه تفريق الفعل بالنص

كثيرة تتجدد في يوم واحد) فاذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام بخلاف حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا استوفى حاجته في يوم تنتهي حاجته الى الطعام ولا تتجدد الا بتجدد الايام و(بخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص) وهو قوله فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد لاحقيقة ولاتقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة

الثانية لفظ الاعطاء ليعلم حال التمليك في الاولى والاباحة في الثانية بطريق الاولى قال المصنف (والحاجة تتجدد في كل يوم) أقول يفهم منه تعليل المسئلة الثانية (قوله وقوله وهذا اشارة الى قوله لم يجزه الا عن يومه) أقول الاظهر جعله اشارة الى مجموع ماذكر من المسئلتين لئلا يلزم التفكك قال المصنف (فقد قيل لايجزئه) أقول وذكر في المحيط وهو الصحيح كذا في النهاية واليه يشير قول المصنف وان أعطاه في يوم واحد لان الاعطاء هو التمليك وفي التلويح مايخالف ذلك لكن لاتعويل عليه قال المصنف (لان الحاجة الى التمليك تتجدد) أقول قال ابن الهمام وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا أن الاول أحوط ونكتة جوابه منع كون التمليك لما أقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما أقيم مقام الشئ اعتبرت فيه أحكام ذلك الشئ اهـ ولك أن تقول اقتصاره على توجيه هذا القول لانفهام وجه القول الاول بحيث يتضمن جواب وجه الثاني مما قدمه تامل قال المصنف (لان التفريق واجب بالنص) أقول ولك أن تقول العدد أيضا منصوص عليه فينبغي أن لايجوز اطعام مسكين واحد ستين يوما ويمكن أن يجاب بان نسبة أمر الى

قوله (وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام) واضح وقوله (والمنع لمعنى في غيره) يعنى توهم القدرة على الاعتاق لا بعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة في الاوقات المكروهة قال (واذا أطعم عن ظهارين) أي واذا أطعم المظاهر عن ظهارين (ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزء الا عن واحدة منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجزئه عنهما وان أطعم ذلك عن افطار

وظهار أجزأه عنهما) اتفاقا (له أن بالمؤدى وفاء بهما) اذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر ففى الصاع وفاء بهما لا محالة (والمصروف اليه محل لهما) لان الفقير لا يخرج باخذ أحد الحقين عن كونه مصرفا للبقاء الخلة) والنية معينة (فيقع عنهما كما لو اختلف السبب) يعنى أطعم ذلك عن افطار وظهار (أو فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو) لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والفرض عدمها فلغت النية (واذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع أدنى المقادير والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة) فانه يقع عن احداهما بالاتفاق (بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر) وفيه بحث من وجهين أحدهما أن كل

(وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف) لانه تعالى ما شرط في الاطعام أن يكون قبل المسيس الا أنه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه (واذا أطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزء الا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجزئه عنهما وان أطعم ذلك عن افطار وظهار أجزأه عنهما) له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر

مع أنه معنى معارض بمعنى آخر وهو ما ذكرناه (قوله وان قرب التي الخ) الحاصل أنه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قربها في خلاله لم يستانف لانه تعالى ما شرط فيه أن يكون قبل المسيس ونحن لا نحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثة واحدة بعد أن يكونا في حكمين والوجوب لم يثبت الا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس بيانه انه لو قدر على العتق أو الصيام في خلال الاطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه فلو جوز للعاجز عنهما القربان قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس والمفضى الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والمرض والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله أمر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا تثبت الاحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب فالاولى الاستدلال بما ذكرنا أول الفصل من النص ولا يعلل بما ذكر لمعنى في غيره (قوله لمعنى في غيره) هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام بتخلل الوطء (قوله عن ظهارين) سواء كانا من امرأة أو امرأتين (قوله له الخ) حاصل الوجه أنه وجد المقتضى للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضى للاجزاء عنهما صرف الكمية التي تجزى عن كفارتين الى المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الاجزاء والجواب منع وجود المقتضى وانما يوجد لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لانها انما اعتبرت لتمييز بعض الاجناس عن بعض لاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لان الاغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر فبقي نية مطلق الظهار وبمجردها لا يلزم أكثر من واحد وكون المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع أدنى المقادير ولا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا فرق الدفع أو كانا جنسين وقد يقال اعتبارها للحاجة الى التمييز وهو محتاج اليه في أشخاص الجنس الواحد كما في الاجناس وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من انه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ حتى حل وطء التي عينها ومن الصور ظن انه ظاهر منها فاعتق ثم تبين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب فهنا أيضا يجب أن لا يلغو لثبوت الغرض الصحيح في نية الظهارين وهو حلهما معا أجيب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلهما في الاطعام مائة وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق وهذا يصير أصل الجواب تسليم وجود المقتضى

فاذا جمع لا يجزيه الا عن واحد كالحاج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة كذا في المبسوط (قوله ولهما ان

المشتق تفيد علية المأخذ فيعلم ان المقصود تعدد الحاجة وبه يتعدد المسكين الواحد حكما فليتامل قال المصنف (الا أنه يمنع من المسيس قبله) أقول فيه بحث قال المصنف (وقال محمد يجزئه عنهما) أقول قال الاتقاني وعندي قول (ومن محمد أقوى وبين وجه الترجيح فراجع شرحه. قال المصنف (ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو) أقول لا نسلم ذلك فان من وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق عنهما أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء كما يجىء بعد أسطر قال المصنف (والمؤدى يصلح كفارة

ظهار وجب لسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي أن يقع عنهما والثاني أنه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا حل وطء التي عينها وأجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح عن الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو أعطى ثلاثين مسكينا كل واحد صاعا وقوله (ومن

وجبت عليه كفارتا ظهار) ظاهر وقوله (كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) جواب الاستحسان والقياس أن لا يجوزوه وقول زفر لخروج الامر من يده (وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن أحدهما في الفصلين) يعنى في متحد الجنس ومختلفه (وقال الشافعي له أن يجعل عن أيهما شاء في الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر (جنس واحد) والنية في الجنس الواحد غير مفيد فبقى نية أصل الكفارة ولو نوى أصل الكفارة كان له ان يجعل ذلك عن أيهما شاء فكذا هذا ووجه قول زفر انه أعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له أن يجعل عن أحدهما لخروج الامر من يده (ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد لغو) قيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد وكان لغوا واذا لغت صار كانه أعتق رقبة

(ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوى عن احداهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا جاز) لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة (وان أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر لا يجزيه عن أحدهما في الفصلين وقال الشافعي له أن يجعل ذلك عن أحدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له أن يجعل عن أحدهما بعدما أعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد

وادعاء المانع وهو رجوع وانقطاع عن الطريق الاول اذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد ثم قد يقال عليه ان اعتبار الستين مائة وعشرين بالنظر الى كفارتين ليس بأبعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة باعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على أن وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة الى كفارة أخرى فهو كمحتاج آخر بالنسبة اليها فما دفع الا مع قيام الحاجة بالنسبة الى كفارة أخرى (قوله وان أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) هذا اذا كانت الرقبة مؤمنة فان كانت كافرة صح عن الظهار لان الكافرة لا تصلح كفارة للقتل فتعينت للظهار (قوله في الفصلين) هما صورتا اتحاد الجنس واختلافه (قوله لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود) وهو الستر واذهاب أثر تلك الجناية (جنس واحد) ولذا حمل المطلق منهما على المقيد في الاخرى (قوله لخروج الامر من يده) فانه وقع نفلا اذ لا يصح اعتاق نصف رقبة عن كفارة وبذلك خرج من يده امكان ان يجعله عن احداهما الا انه بعدما وقع على وجه لا ينقلب الى غيره (قوله فتلغو) واذا لغت بقي نية مطلق الظهار فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقها في الابتداء (قوله

النية في الجنس الواحد لغو لانها شرعت للتمييز بين الاجناس المختلفة اذ في الجنس الواحد لا يختلف الغرض فلا يحتاج الى التمييز والتصرف اذا أخطأ محله يلغو واذا لغت نيته عدد الاتحاد الجنس بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى صلح كفارة واحدة لان نصف الصاع لبيان أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى أصل الكفارة بخلاف ما اذا كانتا جنسين لان نية التعين معتبرة فاستقام وقوعه عنهما وبخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في المرة الثانية كمسكين آخر فاما اذا لم يفرق فقد زاد في الوظيفة فنقص عن المحل فلا يجزيه الا بقدر المحل كما لو أعطى ثلاثين مسكينا في كفارة واحدة كل مسكين صاعا وبيان ذلك ان الواجب عليه في كل كفارة اطعام ستين مسكينا فمحل اطعام الظهارين مائة وعشرون مسكينا وقد نقص عن المحل وزاد في الواجب لان الواجب لكل مسكين نصف صاع وقد أدى صاعا (قوله ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو) أراد به تعميم الجنس بالنية ألا ترى انه اذا عين ظهار احداهما للتكفير صح ويبطل ظهارها حتى جاز له قربانها كذا في الفوائد الظهيرية (قوله وفي الجنس المختلف) كما اذا اعتقت عن كفارتي ظهار

عن الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جائز وله أن يصرفها الى أيهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لانه نوى التوزيع في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم اختلاف الجنس

ظهار وجب الخ) أقول الظاهر ان المضاف مقدر أي كل كفارة ظهار (قوله وأجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد) أقول فيه بحث فان لك أن تقول انهما جنسان لاختلاف السبب والخطاب كظهارين نعم قد يتعدد السبب تعدد الكفارة كما اذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد على ما تقدم قبيل الفصل ولا يمكن ذلك في الظهارين فتامل (قوله فاما اطعام ستين مسكينا الخ) أقول فيه بحث فانه لم لا يكفي التفرق الحكمي بنية التوزيع كما كفى التعدد الحكمي فيما اذا أطعم مسكينا واحدا ستين يوما فليتامل

فان الحكم وهو الكفارة بالاعتاق في القتل والظهار واحد أجاب بقوله (واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة

ههنا باختلاف السبب) فان القتل يخالف الظهار لامحالة واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنسين المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال (نظير الاول) يعني الجنس المتحد (اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد) بناء على ما ذكرنا من الغاء نية التوزيع وبقاء أصل النية اذا الجنس متحد (ونظير الثاني) يعني الجنس المختلف (اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التمييز) فان نوى من الليل أن يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما اذا الجنس مختلف واعترض على هذا بما اذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية لابد منه والالا يقع عن واحد منهما وأجيب بانا لانسلم اتحاد الجنس لانه يختلف باختلاف الخطاب والسبب فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من أول الشهر الى آخر

واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لابد فيه من التمييز والله أعلم

واختلاف الجنس الخ) لما اختلف باختلاف الجنس واتحاده أجوبة المسائل أفاد مابه الاختلاف والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف ومالا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين أعني الوقتين حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بالدلوك وهو من يوم غيره من آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للايام كلها بلياليها فكل يوم وان كان سببا لصومه فكذا شهود الشهر فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر وخصوص اليوم فباعتبار أحد السببين لا يحتاج في نية قضائه الى تعيين يوم السبت مثلا أو يوم الاحد وشرط في الصلوات فان تعذر عليه معرفة يوم الظهرين ينوي أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه ان لم يكن ساقط الترتيب وقد أسلفناه في باب شروط الصلاة وكذا شرط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي صوما على من الرمضان الاول أو الثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما ولو نوى ظهرا وعصرا أو ظهرا وصلاة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منهما للتنافي وعدم الرجحان بخلاف مالو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع عن الظهر عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ترجيحا بالاقوى ولا يصير شارعا عند محمد أصلا للتنافي ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل وعند أبي يوسف يقع عن الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلغت فبقي نية القضاء ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو عن حجة الاسلام اتفاقا عند أبي يوسف لماذكرنا وعند محمد لانه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلق النية وبه تتادى حجة الاسلام والله أعلم ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لتدافع النيتين فصار كأنه صام مطلقا وجه الاستحسان ان القضاء اقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين انه عن النذر لانه نفل في أصله وقدمنا هذا في كتاب الصوم وذكرنا الزام محمد شروعه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع اليه فليكن هذا رواية عنه فيه هذا ومما يعكر على الاصل الممهد ما عن أبي يوسف في المنتقى لو تصدق عن يمين وظهار فله ان يجعله عن أحدهما استحسانا والله الموفق

وقيل لايجوز بعينه عن أحدهما بعد ذلك (قوله فنظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين) فان قيل اذا نوى ظهرين من يومين فانه لايجوز عن واحد وان اتحد الجنس قلنا انما احتيج الى نية التعيين لكل يوم لان وقت الظهر من اليوم الثاني غير الاول حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب ما علق بوقت يجمعهما بل علق بدلوك الشمس والدلوك في اليوم الثاني غير الدلوك في اليوم الاول وفي رمضان علق بالشهر وهو واحد فلا جرم يحتاج الى تعيين يوم السبت أو الاحد حتى قالوا في قضاء يومين من رمضانين يشترط التعيين ولو نوى ظهرا وعصرا أو ظهرا وصلاة جنازة لم يكن شارعا في واحد منهما للتنافي وعدم الرجحان ولو نوى ظهرا ونفلا لم يصر شارعا أصلا عند محمد رحمه الله لانهما يتنافيان وعند أبي يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله يقع عن الظهر لانه أقوى ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد رحمه الله في الكل لان النيتين بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية فصار نفلا وعند أبي يوسف رحمه الله يقع عنه الاقوى لانه لما تعارضت النيتان وجب الترجيح بالاقوى وهو الفرض أو الواجب ولو نوى حج الاسلام والتطوع فهو حج الاسلام اتفاقا أما عند أبي يوسف رحمه الله فظاهر وأما عند محمد رحمه الله فلان النيتين بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية وباطلاق النية يتادى فرض الحج والله أعلم

*(باب

*(باب اللعان * قد تقدم وجه المناسبة في أول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب أيضا لان اللعن من جانب الرجل وهو مقدم وفي الشرع يعني شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها

بعد القذف لايجري اللعان بينهما وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان قال (واذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة) أي من أهل أدائها ولهذا لايجري بين المملوكين (والمرأة ممن يحد قاذفها) حتى لو لم تكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد مجهول النسب لايجري بينهما (أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان) فان قيل اللعان يجري بين الاعميين والفاسقين وليسا من أهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل أيضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لايجري وان كانت ممن يحد قاذفها أجيب عن الاول بانهما من أهل الشهادة

(باب اللعان)

قال (اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان)

(باب اللعان)

هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد يقال منه التعن أي لعن نفسه ولاعن اذا فاعل غيره ومنه رجل لعنة بفتح العين اذا كان كثير اللعن لغيره وبسكونها اذا لعنه الناس كثيرا قال

والضيف أكرمه فان مبيته * حق ولا تك لعنة للنزل

وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالالفاظ المعروفة سمي ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم الغضب وهو أيضا موجود فيه لانه في كلامها وذلك في كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما سيذكر وسببه قذف زوجته بما يوجب الحد في الاجنبية وركنه ذلك المفهوم وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سياتي وأهله من كان أهلا للشهادة (قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا) بان يقول أنت زانية أو رأيتك تزنين أو يا زانية هذا مذهب الجمهور وفي المشهور عن مالك لايجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتي ويحيى ابن سعيد واستضعف بان الكل رمي بالزنا وهو السبب فلا فرق (قوله وهما من أهل الشهادة) أي من أهل أدائها على المسلم فلا يجري اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان أحدهما مملوكا أو صبيا أو مجنونا أو محدودا في قذف وأورد انه يجري بين الاعميين والفاسقين مع انه لا أداء لهما ودفع بانهما من أهله الا أنه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على ان يفصل بين نفسه وامرأته فيكون أهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الاعمى لا يلاعن (قوله ممن يحد قاذفها) فلو كانت لا يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أو كان لها ولد وليس

(باب اللعان)

هو مصدر من لاعن يلاعن ملاعنة ولعانا وأصل اللعن الطرد وفي الشرع عبارة عما يجري بين الزوجين من الشهادات الاربع واللعن والغضب سمي الكل لعانا لما شرع فيهما من اللعن كالصلاة يسمى ركوعا وسجودا لذلك وركنه الشهادات الصادرة منهما وشرطه قيام الزوجية وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الاجنبي وأهله من كان أهلا للشهادة عندنا وعند الشافعي رحمه الله من كان أهلا لليمين وحكمه حرمة الاستمتاع كما فرغا من اللعن ولكن لاتقع الفرقة بنفس اللعن عندنا حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لو كذب الرجل نفسه حل له الوطء من غير تجديد النكاح بمنزلة ما لو أسلم أحد الزوجين يحرم الوطء ولا تقع الفرقة قبل التفريق (قوله اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة) ذكر في الاسرار والاهل من هو أهل لاداء سائر الشهادات فان قيل يشكل على هذا جريان اللعان بين الزوجين الاعميين أو الفاسقين قلنا هما من أهل الشهادة ولهذا لو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز (قوله والمرأة ممن يحد قاذفها) شرط ذلك في جانبها لانها وان كانت من أهل الشهادة فربما كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت زنت

وفي الكفاية لاتقع الفرقة بنفس اللعان حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لو أكذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد النكاح اه (قوله وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل أيضا) أقول قال العلامة الزيلعي هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجري بين الفاسقين وانما يشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لايجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا وكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها

(باب اللعان)

(قوله ثم لقب الباب باللعان الخ) أقول تسمية للكل باسم جزئه (قوله وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان) أقول

لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضيخان وعن الثاني بانه انما اشترط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب حكم فانها اذا لم تكن كذلك لم يلزم الرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم وقوله (والاصل) اعلم ان موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الاجنبية لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية ولما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل أنصاري فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك ابن سحماء ائت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك والا تجلد على ظهرك فقال الصحابة الآن يجلد هلال بن أمية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا في آية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل في اللعان ان يكون شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل انها شهادات أكدت بالايمان نفيا للتهمة قال

والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس

له أب معروف أو زنت في عمرها ولو مرة أو وطئت وطأ حراما بشبهة ولو مرة لا يجري اللعان وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل أيضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان أيضا وان كانت هي ممن يحد قاذفها وأجاب في النهاية بان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من احصانها حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم احصانها قذفها لا يكون موجبا لا لحد القذف ولا اللعان أما قذف الرجل عند عدم احصانه فوجب ما هو الاصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم احصانه عن موجبه فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه اذ الحد أصل اللعان فكان في معنى اللعان قال في شرح الكنز هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجري بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلاى معنى يمتنع اه الحاصل ان المرأة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه (قوله والاصل) أى ان الاصل في اشتراط أهلية الشهادة فيهما واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها ان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة وانه قام مقام حد القذف في حقه أى قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا في حقها ان كان صادقا (قوله عندنا) قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعي اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات وهو الظاهر من قول مالك وأحمد ممن كان أهلا لليمين وهو من يملك الطلاق فكل من يملكه فهو أهل له عنده فيجب اللعان من كل زوج عاقل وان كان كافرا أو عبدا وعن مالك وأحمد رواية كقولنا وجه قوله قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين ألا ترى انه لو قال أشهد ينوى اليمين كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم لان حمله على حقيقته متعذر لان المفهوم في الشرع عدم قبول شهادة الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فانه معهود في القسامة ولان الشهادة محلها الاثباتات واليمين للنفي فلا

وحدت وقيل اذا كان معها ولد ليس له أب معروف لا يجب اللعان وان كانت من أهل الشهادة (قوله والاستثناء انما يكون من الجنس) استثنى أنفسهم من الشهداء فثبت أن الزوج شاهد لان الاصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وعند الشافعي رحمه الله أيمان مؤكدة بلفظ الشهادة لقوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فقوله بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين فانه لو قال أشهد كان

وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلاى معنى يمنع اه قال العلامة الامام كمال الدين بن الهمام والحاصل ان المرأة هي المقذوفة دونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه والله أعلم اه (قوله ولو حكم الحاكم بشهادتهم جاز الخ) أقول وكذا المحدود في القذف

وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا تأكيدا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد في الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن يجترئن على الاقدام لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة أجيب بان الحد زاجر والاستشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف يجري كجريانه في الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة أو في كلام متفرق فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف أجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة أجيب بان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقا لانه صار بدلا عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على أن ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود فان المقصود هنالك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي اللعان أيمان مؤكدات بالشهادة فمن كان أهلا لليمين كان أهلا للعان

وقال الله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو

يتصور تعلق حقيقتهما بأمر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا من الموجبين المذكورين وهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه أن يقال أيمان مؤكدة بأيمان لا أيمان مؤكدة بالشهادة ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم أثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفي اثبات وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين ليصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا أنفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون أزواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له أصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازي لها ولو لم يكن هذا كان امكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وهذا صارف عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله قبول الشهادة لنفسه وتكرار الاداء لا عهد بما قلنا وكل من الحلف لغيره والحلف لايجاب الحكم لا عهد به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاد والاعدام والحكم كيفما أراد شرعية هذين الامرين في محل بعينه ابتداء جاز له أيضا شرعية ذلك ابتداء ثم هما أقرب في القول لعقلية كون التعدد في ذلك المحل أربعا بدلا عما عجز عنه من اقامة شهود الزنا وهم أربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا يثبت عند عدمها أعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله أنه لا اله الا هو فغير بعيد أن يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين والزام اللعنة والغضب ان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين اذ موجب شهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما ما هو الثابت بالايمان وهو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بها لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما وأما قوله اليمين للنفي الى آخره فمحله ما اذا وقعت في انكار دعوى مدع والا فقد يحلف على اخبار بأمر نفي أو اثبات وهنا كذلك فانها على صدقه في الشهادة والحق انها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما اذا جمع أيمانا على أمر واحد يخبر به فان هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن أحدهما مؤكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط أهلية الشهادة وعدمها (قوله قائمة مقام حد القذف في حقه) أى بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا ألا يرى انه لو قذف بكلمة أو بكلمات أربع زوجات له بالزنا لا يجزيه لعان واحد لهن بل لا بد من أن يلاعن كلا منهن على حدة ولو كن أجنبيات فقذفهن حد واحد لهن وسبب

يمينا فحملنا المحتمل على المحكم (قوله ثم قرن الركن في جانبه باللعان لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف) يعني انما قرن باللعن لقيامه مقام حد القذف في حقه في زعم المرأة اذ كل واحد من الحد والاستشهاد بالله كاذبا مع اللعن على نفسه سبب الهلاك وكذلك في حق المرأة بمنزلة حد الزنا في زعم الرجل لانه مهلك في

(قوله سبب الهلاك) أقول وكذا في جانبها (قوله أجيب بان اللعان قائم الى قوله فلا يرد عليه الاجنبيات) أقول فيه بحث اذ الظاهر ان حكم نسائه في الابتداء كان حكم الاجنبيات فيتوجه السؤال ويجيء بعد ثلاثة أسطر

قال (اذا ثبت هذا نقول) يعنى اذا ثبت أن الاصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان نقول (لابد أن يكون المتلاعنان من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها لانه قائم فى حقه مقام حد القذف فلابد من الاحصان ويجب بنفى الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها) كما اذا نفى أجنبى نسب ولدها عن أبيه المعروف فانه يكون قذفا للمرأة فكذلك هذا (ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به) وقال الشافعى لايصير بنفى الولد قاذفا لها مالم يقل وانه من الزنا لجواز أن يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذى ولدته من زوجك فانه لايصير قاذفا مالم يقل ولد من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام والقياس ما قاله الا أنا تركناه لضرورة فى اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطأها أو عزل عنها عزلا بينا ولكن لايعلم انه بزنا أو بوطء عن شبهة فاكتفى بنفى الولد حتى ينتفى عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة فى حق الاجنبى

قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لابد أن يكونا من أهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد أن تكون هى ممن يحد قاذفها لانه قائم فى حقه مقام حد القذف فلابد من احصانها ويجب بنفى الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة كما اذا نفى أجنبى نسبه عن أبيه المعروف وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به

هذا الافتراق ان المقصود يحصل فى اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك فى اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة ويتعذر اجتماع الكل فى كلمة (قوله ويجب بنفى الولد) هو أعم من كونه ولده منها أو ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله فى الغاية أو نفى نسب ولدها المولود على فراشه لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه أجنبى فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا فى شرح الكنز (قوله ولا يعتبر احتمال الخ) جواب عن مقدر تقديره ان النفى ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز كون الولد من غيره بوطء بشبهة لازنا أجاب بانه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته الا من هذا الفراش القائم فاذا انتفاء عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا لثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه عن زنا فكان قذفا مالم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقى فيه احتمال كونه فى نفس الامر عن غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبة أمه الى الزنا به ثم شبهه بما اذا نفى أجنبى نسبه عن أبيه المعروف يعنى فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح بخلاف ما فى المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابنى ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفى ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفى النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعى ثم قال وأجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذى ولدتيه من زوجك لا يصير قاذفا مالم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعى الا أنا تركناه لضرورة فى اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه اما لانه لم يقربها أو عزل عنها عزلا بينا ولا يدرى من أين هو يعنى فيحتاج الى نفيه لانه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يتمكن منه الا باللعان وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة فى حق غيره وجواب الفصلين يخالف

حقها الا انها كاذبة فى زعم الرجل فى شهادتها (قوله لانه قائم فى حقه مقام حد القذف) حتى لو قذف امرأته مرارا فعليه لعان واحد كالحد فى حق الاجنبيات فان قيل يشكل على هذا مالو قذف أربع نسوة له فى كلمة واحدة أو كلام متفرق فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة وأما لو قذف أجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة فلو كان اللعان قائما مقام حد القذف فى حقه لوجب عليه اللعان مرة قلنا انما كان هكذا لان المقصود هنالك يحصل باقامة حد واحد وهو دفع عار الزنا عنهن وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لانه يتعذر الجمع بينهن فى كلمات اللعان فقد يكون صادقا فى حق بعضهن دون البعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فلهذا يلاعن كل واحدة منهن على حدة حتى لو كان محدودا فى قذف كان عليه حد واحد لهن لان موجب قذفه لهن الحد ههنا والمقصود يحصل بحد واحد كما فى الاجنبيات كذا فى المبسوط وانما خص الغضب فى جانبها دون اللعن فى المرة الخامسة لانهن يستعملن اللعن كثيرا على ما ورد به الحديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير فسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن يجترئن على الاقدام لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن وسقوط وقعته عن قلوبهن فاقيم الغضب مقام اللعن فى حقهن ليكون ردعا لهن عن الاقدام (قوله ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء) جواب سؤال يريد به لا يقال جاز أن لا يكون ابنه ولا تكون زانية بان وطئت بشبهة فيكون الولد من غيره حقيقة والنافى صادق فى نفيه لان هذه الشبهة غير معتبرة لانعقاد الاجماع على انه لو نفاه أجنبى عن الاب المشهور يصير قاذفا مع وجود هذا الاحتمال وهذا لان الاصل فى النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به والملحق به عارض والاصل عدمه

(قوله فانه لايصير قاذفا) أقول مخالف لما مر آنفا

ويشترط

(ويشترط طلبها) بموجب القذف (لانه حقها) لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها (فلابد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتى بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب) وفى نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب أى سبب اللعان أى علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا أكذب كل واحد منهما الآخر بما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا وأما اذا أكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة فى أنها لم تزن ولا يجرى اللعان بعد ذلك وأما النسخة الاخرى فقيل انها معتبرة على زعم أن سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر ألا ترى انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل فى القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال أراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس

ويشترط طلبها لانه حقها فلابد من طلبها كسائر الحقوق (فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتى بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب

جوابهما المصرح فى الهداية والعجب من صاحب الدراية حيث قال فى تقريره قوله فى الكتاب ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود هذا الاحتمال كما فى نفى أجنبى نسبه عن أبيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعى كما فى النهاية ثم أورد صورة الاجنبية مقيساله عليه فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه فى جوابه بل ذكر فى جوابه الفرق الذى ذكره فى النهاية بين قوله لاجنبية وبين قوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره فى الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرهما وما فى كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد قيل وذكر فى جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع بشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغى أن يكون كذلك هنا يعنى فى نفى نسب ولده من زوجته أجيب عنه بانا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التى بيناها قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنا بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررناه فانه يستلزمه (قوله ويشترط طلبها) وبه قالت الائمة الثلاثة لانه أى اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفى الولد فان الشرط طلبه لاحتياجه الى نفى من ليس ولده عنه (فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) فيحد وعند الشافعى اذا امتنع حده حد القذف وكذا اذا لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن أو تصدقه فيرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه والاوجه كونه القذف فهو السبب والتكاذب شرط وفى بعض النسخ فيرتفع الشين وهذا اذا اعترف بالقذف فلو أنكر فاقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفى الجامع لو مات الشاهدان أو غابا بعدما عدلا لا يقضى باللعان وفى المال يقضى بخلاف مالو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما وفى بعض نسخ القدورى أو تصدقه فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر فى وجوب الحد بل فى درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته فى نفى الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان فى ابطاله وجه قول الشافعى ان الواجب بالقذف مطلقا الحد بعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم الا انه يتمكن من دفعه فيما اذا كانت المقذوفة زوجة باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفعه به يحد ومثله فى المرأة اذا لم تلاعن بعدما أوجب الزوج عليها اللعان بلعانه فاذا امتنعت حدت للزنا ويشير اليه قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله قلنا قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم الى قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات أى فالواجب شهادة أحدهم وقد عرف أن فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيرا فافاد ان الواجب فى قذف النساء اللعان فاما أن يكون ناسخا أو مخصصا العموم ذلك العام للاجماع على انه ليس بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الثابت فى قذف الزوجات انما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن ايفائه بل تحبس لايفائه كما فى كل حق امتنع من هو عليه عن ايفائه لا يعاقب ليوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام وهو مخصص أول والعلم بتأخره على ما روى انه صلى الله عليه وسلم قال للذى قذف امرأته ائت بأربعة شهداء والا فحد على ظهرك فنزلت آية اللعان ولم يتعين كون المراد من العذاب فى الآية الحد لجواز كونه الحبس واذ قام الدليل على أن اللعان هو الواجب وجب حمله عليه قيل والعجب من الشافعى لا يقبل شهادة

فنفيه عن الفراش الصحيح قذف به حتى تبين به الملحق به (قوله لانه حق مستحق عليه) لانه اخبار يجرى مجرى الامر ولان المصدر المقرون بحرف الفاء فى موضع الجزاء يراد به الامر كما فى قوله تعالى فتحرير رقبة (قوله وهو قادر على ايفائه) وهذا قيد لانه لا يحبس فى ايفاء الحق المستحق اذا لم يقدر على الايفاء كما فى المفلس

(ولولاعن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعى (فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) لانه حق مستحق عليها وهى قادرة على ايفائه فتحبس فيه (واذا كان الزوج عبدا أو كافرا أو محدودا فى قذف فقذف امرأته فعليه الحد) لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه (وان كان من أهل الشهادة وهى أمة أو كافرة أو محدودة فى قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها) بان كانت صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حد عليه ولا لعان) لانعدام أهلية الشهادة وعدم الاحصان فى جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل فى ذلك قوله عليه السلام أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت

الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا فاسقا وأعجب منه انه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب وأسقط به كل من الرجل والمرأة الحد عن نفسه وأوجب به الرجم الذى هو أغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها النكول لها بامتناعها عن اللعان قلنا هو أيضا من ذلك العجب فان كون النكول اقرارا فيه شبهة والحد مما يندفع بها مع أنه غاية ما يكون بمنزلة الاقرار مرة ثم ان عنده هذه الشبهة أثرت فى منع ايجاب المال مع انه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو أغلظ الحدود وأصعب اثباتا وأكثر شروطا وفى كافى الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحد هى وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج (قوله أو كافرا) صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فاسلمت هى فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه (قوله فيصار الى الموجب الاصلى وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات) يعنى الحد ولا تحرير فى هذا الكلام الا أن يكون الموجب الاصلى هو الحد فى حق العموم وقد جعل له أن يسقطه باللعان كما قال الشافعى وأما على ما قررنا من ثبوت نسخها فى قذف الزوجات فلا يكون للحد وجود فى قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير اليه فيهن لانه مصير الى غير حكمه والدليل ينفيه والحق فى التقرير أن يقال النص انما نسخ حكم الحد فى حق من كان من أهل الشهادة من الازواج لا فى كل زوج لان لفظة الناسخ ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم تفيد ذلك فيبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن أهلا فيعمل بمقتضاه (قوله وان كان) أى الزوج (من أهل الشهادة) وهى ليست من أهلها أو من أهلها الا أنها لا يحد قاذفها بان تكون قد زنت فى عمرها فلا حد ولا لعان وهو ظاهر فيهما اذا كانت لا يحد قاذفها أما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا أنها ليست من أهل الشهادة بان تكون عفيفة محدودة فى قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من أين يستلزم امتناع الحد والحال انها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج ولم يسقط الحد عنه والجواب أن الزوج لما كان أهلا للعان بان كان أهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه الا اللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب بخلاف ما اذا امتنع من جهته بعدم أهليته للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا (قوله والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لا لعان بينهم) أخرج ابن ماجه فى سننه عن ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراسانى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال أربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك وأخرجه الدارقطنى عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصى عن عمرو بن شعيب وأخرجه بالطريق الاول أيضا وقال وتابعه يعنى تابع عثمان بن عطاء الخراسانى يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضا ضعيف وروى عن الاوزاعى وابن جريج وهما امامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله ولم

(قوله واذا كان الزوج عبدا أو كافرا) بان أسلمت امرأته فقذفها قبل أن يعرض عليه الاسلام (قوله وامتناع اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد) جواب سؤال بان يقال ينبغى أن يجب حد القذف عليه لان اللعان خلف عنه فاذا امتنع اللعان يصار الى الموجب الاصلى قلنا امتناع اللعان بمعنى من جهتها وأهلية اللعان

(ولولاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص) وهو قوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله وقوله (الا أنه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعى) بناء على أن اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعى والاستثناء بمعنى لكن كأنه استشعر أن يقال المتلو من النص لا يدل على المبدوء به فقال الا أنه يبتدأ به وقوله (فان امتنعت) ظاهر (واذا كان الزوج عبدا أو كافرا) بان كانا كافرين فاسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل أن يعرض عليه الاسلام (أو محدودا فى قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته) لانه ليس من أهل الشهادة (فيصار الى الموجب الاصلى وهو) حد القذف (الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية) فانه كان هو المشروع أولا ثم صار اللعان خلفا عنه فى قذف الزوج عند وجود الشرائط فاذا عدمت صير الى الاصل وقوله (وان كان) هو (من أهل الشهادة) ظاهر وقوله (والاصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت

المسلم

المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك) قيل وهذا الحديث لم يوجد له أصل فى كتب الحديث ولكن أبو بكر الرازى ذكره فى شرحه لمختصر الطحاوى باسناده عن عبد الباقى الى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابى بكر الرازى اعدالته وضبطه وفقهه مقتدى (ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد) لان امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها أيضا وهى محدودة فى القذف درأ للحد أجيب بان المانع عن الشئ انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضى لانه عبارة عما ينتفى به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف فى نفسه موجب الحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة فى قذفه بطل المقتضى فلا يجب الحد لانه لم ينعقد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهى مملوكة أو مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من أهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب أن يحد لان القذف يوجبه وأجيب بان فى العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درأ للحد وليس كذلك المحدود فى قذف قوله (وصفة اللعان أن يبتدئ القاضى) صفة اللعان على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح

المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذ هو ليس من أهله (وصفة اللعان أن يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد أربع مرات يقول فى كل مرة أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها فى جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول فى كل مرة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا

يرفعاه ثم أخرجه كذلك موقوفا ثم أخرجه عن عمارة بن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وأنت علمت أن الضعيف اذا تعددت طرقه كان حجة وهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الامامين اياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذى ذكرناه من أنه شهادات الى آخره (قوله ولو كانا محدودين فعليه الحد) لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا اذا كان هو عبدا وهى محدودة فى قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافرة لا يوجبه بخلاف قذف المحدودة اذا كانت عفيفة فانه لو قذفها أجنبى يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة والامة أجنبى لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين وعند الشافعى وغيره يلاعن فى الكل لان كل من هو من أهل اليمين فهو أهل له الا اذا كان أحدهم صغيرا أو مجنونا قيل عليه كما أن امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها فكان ينبغى أن تراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغى أن ينتفى اللعان فقط وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد والجواب أن القذف يوجد أولا منه وهو مقتض للعان ان كان أهلا للشهادة والحد ان لم يكن وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار للمانع الا بعد وجود المقتضى لان مفهوم المانعية يقتضى ذلك اذ حقيقته نسبته الى المقتضى بالمنع ولا وجود لمقتضى اللعان فلا تعتبر المانعية من جهتها اللعان والحد انما يسقط بما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فان قذف الزوج موجب للحد (قوله وصفة اللعان الخ) ظاهر فى تعينه كذلك حتى لو أخطأ القاضى فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعى وأحمد وأشهب من المالكية وفى البدائع ينبغى أن يعيد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح فى شهادة الزوج فلا يصح الا بعد وجود شهادته ولهذا يبتدأ بشهادة المدعى فى باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان يمين لا شهادة ويجوز تقديم احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب ومقتضاه لزوم الاعادة كقول الشافعى لكن فى الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا تجب اعادته وبه قال مالك وهو الوجه لان النص أعقب الرمى بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة عنها بقوله ويدرأ عنها العذاب أن تشهد ولان الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا فى سقوط الترتيب فى الوضوء من أنه عقب جملة الافعال للقيام الى الصلاة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره

موجودة فى حقه اذ هو من جملة من شرع اللعان فى حقه فلا يجب عليه الحد (قوله ولو كانا محدودين فى قذف فعليه الحد) لان قذفه باعتبار حاله غير موجب اللعان فيكون موجبا للحد ولا يجوز أن يقال امتناع

(قوله قيل هذا الحديث الخ) أقول القائل هو الاتقانى (قوله يجب عليه الحد) أقول كيف يجب الحد والمقذوفة غير محصنة بخلاف قذف المحدودة فى القذف فانه لا ينافى الاحصان (قوله لان له شهادة بعد العتق) أقول فعلى هذا ينبغى أن لا يحد الزوج القاذف اذا كان عبدا وهى محدودة فى قذف مع انه يحد الا انه كلام على السند الاخص صرح به ابن الهمام

وقـوله (فاذا التعنالا تقع الفرقـة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد انه لومات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا (وقال زفـر تقع الفرقة بتلاعنهما لانه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نفى الاجتماع بعـد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن (ولنا قوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) ووجه الاستدلال (أن ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه دفعا للظلم) وقوله (دل عليه) أى على أن لا تقع الفرقـة حتى يفرق القاضى ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتامل وقوله (قول ذلك الملاعن) يريد به عويمر العجلانى فانه قال عند النبى صلى الله عليه وسـلم بعد اللعان كذبت عليها ان أمسكتها هى طالق ثلاثا ولم ينكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة

وتقول فى الخامسـة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا) والاصـل فيه ما تلوناه من النص وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يأتى بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه أقطع للاحتمال وجه ماذكر فى الكتاب ان لفظة المغايبـة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال (واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) وقال زفر تقع بتلاعنهما لانه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمـه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضى منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبى صلى الله عليه وسـلم كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها هى طالق ثلاثا قاله ثمة *(فروع)* قذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعـد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الائمة الاربعة ولو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثانى ويحد للاول ليسقط اللعان ولو طلبت اللعان أولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفى حـد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل أن أتزوجك أو زنيت قبل أن أتزوجك فهو قذف فى الحال فتلاعن وقال مالك والشافعى يحد وما فى خزانة الاكمل من أنه يلاعن فى قوله زنيت قبـل أن أتزوجك ويحـد فى قوله قذفتك قبل أن أتزوجك أوجه قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حـد ولا لعان ويسقط اللعان بردتها ولو أسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم أبانها سقط اللعان ولو أكذب نفسه بعد ذلك لا يحـد بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد اللعان (قوله لانه أقطع للاحتمال) أى لاحتمال أن يضمر مرجعا للضمير الغائب غيرها بخلاف الخطاب وتقـول هى أيضا انك لمن الكاذبين فيما رميتنى به من الزنا والاولى أن يقيمهـما القاضى متقابلين ويقول له التعن (قوله اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال) يعنى انقطع احتمال ضمير الغائب لأن المراد ان انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها الاحتمال معها (قوله لا تقع الفرقة) حتى لو مات أحدهما قبـل تفريق القاضى ورثه الآخر ولو زالت أهلية اللعان فى هـذه الحالة بما لا يرجى زواله بان أكذب نفسه أو قذف أحدهما انسانا فحد للقذف أو وطئت هى وطأ حراما أو خرس أحـدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهـما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها فى هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النـكاح غيران وطأها محرم كما ستعلم ولو فرق القاضى بينهـما بعد التعانهما ثلاثا خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر وبقية الائمة لا ينفذ (قوله بالحديث) يشير به الى حديث

جريان اللعان لكونها محدودة لان أصل القذف من الرجل فانما يظهر حكم المانع فى حقها بعد قيام الاهلية فى جانبه فاما بدون الاهلية فى جانبه فلا يعتبر بجانبها (قوله دل عليه قول ذلك الملاعن) عند النبى عليه السلام الملاعن بين عويمر وبين امرأته قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها هى طالق ثلاثا (قوله كذبت عليها) جزاء مقدم على الشرط وهو قوله ان أمسكتها وقوله هى طالق كلام مستانف قاله بعد اللعان

بينهـما لانكر رسول الله صـلى الله عليه وسلم فان قيـل قد أنكر عليه بقوله اذهب فلا سـبيل لك عليها أجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روى انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجـواب عـن استدلال زفر بالحديث يجىء

قال المصـنف (وتقول فى الخامسة غضب الله عليها) أقـول قال الزيلـعى وانما خصت المرأة بالغضب لان النساء يسـتعملن اللعن كثيرا فـلا تقع المبالاة به وتخاف مـن الغضب اهـ فى الحـديث انهن يكثرن اللعن ويكفرن العشـير (قوله يعنى قوله صـلى الله عليه وسـلم المتـلاعنان لا يجتمعان أبدا نـفى الاجتماع) أقول هذا دليل آخر غير ماذكره المصنف كما لا يخـفى (قـوله وهو تنصيص الخ) أقول يعنى نفى الاجتماع كالتنصيص فان نـفى الاجتماع يسـتلزم الافتراق (قوله ووجه الاستدلال الى قوله ولو قال دل عليه بعد أيضا كان أولى فتامل) أقول فيه بحث فان زفر يقول ثبت التسريح بنفس التلاعن الا أن يحمل كلامهما على المنع والسند يعنى لا نسـلم ان ثبوت الحرمـة يستلزم ثبوت الفرقة كما فى الظهار بل يسـتلزم فوات الامساك بالمعروف واذا حمل على ما ذكرنا يظهر وجه ترك المصنف لفظة أيضا العدم وفائها تقدمه بالمطلوب فتامل قال المصـنف (دل عليه قوله عليه السلام) أقول فيه بحث فان الثابت منه صلى الله عليه وسـلم تقرير الملاعن على قوله ان أمسكتها هى طالق ثلاثا (قوله أجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر الخ) أقول الذى فى كتب الحديث ان قوله صـلى الله عليه وسـلم لا سبيل لك عليها انما هو قبـل سؤاله المهر ولا يكون الجواب قبل السؤال

بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عنـد أبى حنيفة ومحمد) رحمهما الله لان فعـل القاضى انتسب اليه كما فى العنين

المتلاعنان لا يجتمعان أبدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من أن ترتيب الحكم عـلى مشتق يفيد ان مبدأ اشتقاقه علة له وسـيأتى الكلام على هذا الحـديث وقال الشافعى رحمه الله بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له فى ذلك دليلا مستلزما لوقوع الفرقة بمجرد لعانه قيل وينبغى على هذا أن لا تلاعن المرأة أصـلا لانها ليست زوجة والتمسك بمروى زفر انما يفيد حرمتها بلعانهما لا بلعان أحـدهما وهذا لان حقيقته حال اشتغالهما باللعان وهو لا يدخل فى الوجود جملة بل عـلى التعاقب فتعذر ارادتها وأقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول وليس بلازم من حرمتها وقوع الفرقة وماذكروه من المعنى وهو انهما لا يأتلفان بعـد اللعن فليس بقطعى فى ذلك بل ولا ظاهر بل يجوز حـدوث الالفة بعد غاية العـداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليـه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمـة فات الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان كما فيـما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته أمره القاضى بالتسريح أو التكفير الا أن الظلم هنا لا ينتهى بكل من الامرين بل بامر واحد هو الطلاق فينحصر أمره فيـه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لدفع الظلم ويدل على هـذا ما فى الصحيحين عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبى صـلى الله عليه وسـلم بينهـما وألحق الولد بامه وما أخرجاه أيضا فى حـديث عويمر العجلانى لما فرغا من لعانهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبـل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الذى عنى المصـنف بقوله يدل عليـه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن الى آخره لكن الصواب ما علمت ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فـكانت سـنة المتلاعنـين ورواه أبو داود وقال فطلقها ثلاث تطليقات فانفـذه رسول الله صـلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السـنة بعد فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا قال البيهقى قال الشافعى ان عويمرا حين طلقها ثلاثا كان جاهلا بان اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمـان فى السلف وهو يلزمه شرط أو لم يشرط وتفريق النبى صلى الله عليـه وسلم فى حديث ابن عمر تفريق حكم لا الفرقة الزوج وقول الزهرى وسهل فـكانت سنة الملاعنين أى الفرقة قال البيهقى والذى يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود فى سننه عن ابن عباس رضى الله عنهما فى قصة هلال بن أمية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليـه وسلم أن ليس لها عليـه قوت ولا سكنى من أجل انهـما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها وأجيب بانه لو وقعت الفرقة بمجرد اللعان لانكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله يا رسول الله مالى قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها فدل تفريقه صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضى الله عنهـما من أجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لانا لم ندع فيـه انه محرم حتى يكون ترك الانـكار فيه حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عـدم الالتفات اليه ويجاب بانه يستلزم مفسدة حينئذ لان السكوت يفيد تقريره وانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى المفاسد لانه يفيد تقرير وقوعه الآن فيستلزم فيما لو فرض عـدم طلاقه أو تاخيره الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تـكذيبـه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضى حتى ظن حلها فيجامعها قبل تجديد

يريد انه أوقع الثـلاث عليها بعد التلاعن ولم ينـكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو لم يكن النـكاح قائما بعد اللعان لانـكر على اعتقاده قيام النـكاح بعد اللعان ولما حل له أن لا يرد عليه فان قيل قد أنـكر فانه روى

(ثم اذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبى حنيفة ومحمـد لان فعل القاضى انتسب اليه لنيابته عنه كما فى العنين)

قال المصـنف (لان فعل القاضى انتسب اليه) أقول فعله هو التفريق المقرون بالحرمة وذلك هو معنى البائن وسيجىء وجه آخر فى باب العنين

(وهو خاطب اذا أكذب نفسه) عندهما وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لايجتمعان أبدا نص على التأبيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب

النكاح وتوريث الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الافضاء الى مثل هذا فان دفع بان المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا اذ الفرض أن بمجرد الفراغ عندنا يامره القاضي أن يطلق فان أبى طلق هو والموت في مثلها أندر نادر قلنا ولو كان لايجوز لانه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا وأيضا فحديث ابن عمر فانه قال فيه فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني أمضى ذلك الطلاق وهو حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لا يقع أو تقع واحدة ثم هو أولى من حديث ابن عباس لانه رفع امضاءه صلى الله عليه وسلم الطلاق وذلك انما يكون بفهم اعتبار ذلك منه صلى الله عليه وسلم (قوله وهو خاطب الخ) يعني اذا أكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد أو لم يحد صار خاطبا من الخطبة يحل له تزوجها خلافا لابي يوسف ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظر فان لم يطلقها قبل الاكذاب حد أيضا وان أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لان اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة ولا يجب الحد لان قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف اكذاب نفسه بعد اللعان لان حده حينئذ للقذف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الاول لانه أخذ حكمه من اللعان ولذا يحد شهود الزنا اذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته الى الزنا وعلى هذا لو قال يازانية أنت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهي زوجة ثم بانت ولو قال أنت طالق ثلاثا يازانية حد وكما تحل له باكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا أجنبيا بعده فحدت أو قذف هو أجنبيا فحد أو زنت أو ارتد أحدهما حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلا للشهادة لارتفاع السبب الذي لاجله افترق المتلاعنان وهو على ما قالوا انه كي لا يتكرر اللعان بان يقذفها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين الا مرة في العمر أو يخلو القذف عن الموجب في الدنيا فبخروج أحدهما عن الاهلية وقع الامن من ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة واذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسخا و يلزم على قول أبي يوسف أنه لا يتوقف على تفريق القاضي لان الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت فاذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على

وقوله (وهو خاطب اذا أكذب نفسه عندهما) مسئلة مبتدأة (وقال أبو يوسف هو) أي الثابت باللعان (تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لايجتمعان أبدا) نص على التابيد وهو ينافي عوده خاطبا (ولهما أن الاكذاب) أي الاقرار بالكذب (رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها) ولا منافاة بين نص التابيد والعود خاطبا لان معناه لايجتمعان ماداما متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين اما حقيقة بمباشرتهما اللعان أو مجازا باعتبار بقاء حكمه ولم يبق شئ بعد الاكذاب أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لما أكذب نفسه

(قوله لانهما يكونان متلاعنين) أقول الاظهر أن يقول وكونهما متلاعنين الخ

أنه قال لا سبيل لك عليها قلنا هذا لا يدل على الرد فان عندنا لا سبيل له عليها مع قيام النكاح لاجل حرمة الاستمتاع كما اذا أسلم أحد الزوجين فالنكاح قائم ولا سبيل له عليها وروى ان ذلك الملاعن كان يطالبها بما ساق اليها من المهر فقال له النبي عليه السلام اذهب فلا سبيل لك عليها و يدل على قيام النكاح أيضا بعد اللعان انه عليه السلام لاعن بين هلال وامرأته فلما فرغا فرق بينهما يدل على قيام النكاح بعد فراغهما من اللعان اذ التفريق بعد قيام الوصلة فان قيل أريد به أظهر الفرقة بينهما قلنا حقيقته لاحداث الفرقة لا لاظهارها (قوله وهو خاطب اذا أكذب نفسه) هذه مسئلة مبتدأة أي هذا الرجل اذا أكذب نفسه في القذف صار خاطبا من الخطبة أي يجوز له أن يتزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها وقال أبو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لايجتمعان أبدا نص على التابيد فجواز النكاح مخالف للنص ولهما ان اللعان شهادة والاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها فلم يبق متلاعنا والداخل تحت النص المتلاعن ولا يجتمعان ماداما متلاعنين كما اذا حلف لا يكلم هذا الكافر أبدا أي مادام كافرا ألا ترى ان المنافق اذا أسلم تحل الصلاة عليه وان نزل في المنافقين ولا تصل على أحد منهم مات أبدا فان قيل بعد الاكذاب يسمى متلاعنا فبقي داخلا تحت النص قلنا بعد الفراغ من اللعان لم يبق التلاعن حقيقة

فيجتمعان

فيجتمعان (ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بامه) وصورة اللعان أن يامر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة (ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه) لما روي أن النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها

تفريق القاضي واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب و روى الدارقطني بسنده من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتلاعنان اذا افترقا لايجتمعان أبدا وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازي في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن قال صاحب التنقيح اسناده جيد ومفهوم شرطه يستلزم أنهما لا يفترقان بمجرد اللعان للمتأمل فهو حجة على الشافعي على مقتضى رأيه وأخرجه الدارقطني أيضا موقوفا عن علي وابن مسعود قالا مضت السنة للمتلاعنان لايجتمعان أبدا و روى عبد الرزاق عن عمر وابن مسعود المتلاعنان لايجتمعان أبدا ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على عمر وابن عمر وابن مسعود أجاب المصنف بقوله ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه يعني ان الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع فهي القضية المسماة بالمشروطة ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكما بالاكذاب لنفسه لثبوت النسب ان كان القذف بنفي الولد ولزوم الحد وحكمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعية وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعا فينتفي الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فيثبت نقيضه وهو حل الاجتماع وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمناه من أن ارادتهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير أن يراد من وجد بينهما تلاعن في الخارج وعلى هذا التقدير لايجتمعان بعد الاكذاب اذ ارتفاع حكمه وقطع اعتباره قائما شرعا عند الاكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ولكن بقي النظر في أي الاحتمالين أرجح وأظن ان الثاني أسرع الى الفهم والله أعلم وأما ما استدل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام فقد منا منعه وما ذكره بعضهم من أن سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعونا أو مغضوبا عليه فما أبعده عن الفقه اذ لا شك في بقاء اسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تمحو منها التوبة بفضل ذي الفضل جل جلاله وهذا القدر لا يمنع التناكح (قوله ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه) شرط هذا الحكم أن يكون العلوق في حال يجري بينهما فيه اللعان حتى لو علقت وهي كافرة أو أمة ثم عتقت وأسلمت فنفى نسب ولدها لا ينتفي ولا تلاعن لان انتفاءه انما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ولان نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع والله أعلم وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي او من لا يولد له ولد لانه لا يلحق به الولد وفيه نظر لان المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد وعند الشافعي وأحمد يجب اللعان به وكذا في نفيه من وطء بشبهة وعند أبي يوسف فيهما الحد واللعان لانه يلحقهما بالنكاح الصحيح وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبي به فحد الاجنبي يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه (قوله وصورة اللعان) أي في القذف بنفي الولد (قوله لما روي انه صلى الله عليه وسلم نفى نسب ولد امرأة هلال) قيل انه غلط فانه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفي ولد وقيل المراد بنسب ولدها الذي أتت به فانها حملت من الوطء الذي قذفها به والحديث في البخاري وأبي داود تختلف ألفاظهما وتتفق عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى ذلك بعينيه وسمع باذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان (ولو كان القذف بولد نفى القاضي النسب من الاب وألحقه بامه)

(قوله وجب عليه الحد) أقول يعني بكلمات اللعان كما يجيء (قوله فبطلت أهلية اللعان الخ) أقول بطلان أهلية اللعان انما يكون باقامة الحد عليه لا بوجوبه فقط والاصوب طرح لفظة الاهلية من البين فليتامل ويجيء بعد سطور ما يفهمك ما قلت وما غير الشارح الاقول المصنف في تعليل قول القدوري فان عاد الزوج وأكذب نفسه الخ الا أن وضع المسئلة هنالك فيما اذا أكذب نفسه بعد اقامة الحد عليه وهنا ليس كذلك وبهذا يظهر انه لا تكرار

لان ذا حال تشاغلهما باللعان كالمتقابلين وكذا مجازا لانه انما سمي متلاعنا ما بقي اللعان بينهما حكما ولم يبق ذلك لانه اذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لاقراره على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة اقامة الحد عليه

ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده

يارسول الله اني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت باذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم الآية فسري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربي سبحانه وتعالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسلوا اليها فجاءت فتلا عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الآية وذكرهما وأخبرهما ان عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا وقال هلال والله لقد صدقت عليها فقالت كذبت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما فشهد هلال أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين فلما كانت الخامسة قيل له اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العقاب فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني الله عليها فشهد الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ثم قيل لها اشهدي فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وان هذه هي الموجبة التي توجب عليك العقاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماها به ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل انهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان جاءت به أصيهب أريصح أثيبج ناتئ الاليتين حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به فجاءت به أورق الى آخر الاوصاف الثانية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان لي ولها شأن قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك أميرا على مصر وما يدعى لاب هذه في لفظ أبي داود وفي رواية أخرى سائر اليوم لا أفضح قومي وفي مسلم والنسائي عن أنس ان هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لامه وكان أول رجل لاعن في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظروها فان جاءت به أبيض سبطا قضئ العينين فهو لهلال بن أمية وان جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء قال فانبئت انها جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهذا وما قبله يدل على انها كانت حاملا وقطع نسب الولد الذي تأتي به وفي سنن النسائي أيضا عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وامرأته وكانت حبلى وأخرجه عبد الرزاق هكذا أيضا وقال زوجها ما قربتها منذ عفار النخل وعفار النخل انها كانت لا تسقى بعد الابار بشهرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فجاءت بولد على الوجه المكروه وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال شهدت عويمر بن الحرث العجلاني وقد رمى امرأته بشريك بن سحماء وأنكر حملها فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل فرأيتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر ثم ولدت فالحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك بن سحماء وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لا نعلم فيها الا خيرا فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس وعاش المولود سنتين ثم مات وعاشت أمه بعده يسيرا وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء قال الواقدي وحدثني غير الضحاك بن عثمان ان عويمرا فساق الحديث الى أن قال ولم يحد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك بن سحماء وشهد عويمر بن الحرث وشريك ابن السحماء أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ففي هذا ان الولد عاش سنتين ومات ونسبه ما نسب في قصة هلال الى شريك اليه أيضا في قصة عويمر قيل ويجمع بينهما بانهما واقعتان وفي النفس منه شيء وفي الصحيحين أيضا في قصة هلال عن ابن عباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شبيها بالذي

بطلان اللعان والاصار جمعا بين الاصل والخلف وبين الحدين

وصورة اللعان في ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الخ وهو ظاهر (وقوله ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد) حيث كان القذف به (فيوفر عليه أي على الزوج (مقصوده

(قوله فيوفر عليه أي على الزوج مقصوده) أقول وعندي ان مرجع الضميرين البارزين هو اللعان والاضافة لادنى ملابسة

فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا) لنفيه فلا يحتاج أن ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه (وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الاب) حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه (لانه) أي نفي الولد (ينفك عنه) أي عن التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كلومات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلابد أن يصرح القاضي بنفي النسب عنه رواه بشر عن أبي يوسف (فان عاد الزوج وأكذب نفسه) بعد اللعان (حده القاضي لاقراره بما يوجب الحد عليه) قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف فانه اذا أكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان أما اللعان فلان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان لفوات المقصود ولا حد عليه لان قذفه كان موجبا اللعان والقذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها لان وجوب اللعان هنالك باصل القذف والحد بكلمات

اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها باكذابه نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا يحد وان أكذب نفسه فلو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلاث وانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحته ثم أبانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها اذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط (وقوله وحل له أن يتزوجها) تكرار لقوله وهو خاطب اذا أكذب نفسه عندهما ويجوز أن يقال ذكره هنالك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري وقوله (وكذلك ان قذف غيرها فحد به) يعني

فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي يوسف ان القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلابد من ذكره (فان عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) لاقراره بوجوب الحد عليه (وحل له أن يتزوجها) وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم (وكذلك ان قذف غيرها فحد به) لما بينا (وكذا اذا زنت فحدت) لانتفاء أهلية اللعان من جانبها

ذكر زوجها انه وجد عند أهله فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا ان اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهذا تعارض (قوله فيتضمنه القضاء الخ) أي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق (قوله وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق الخ) أي لا يثبت قطع النسب ضمنا للتفريق لانه أي التفريق باللعان (قوله ينفك عنه) أي عن نفي الولد كلومات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفى نسب أم الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به (قوله فلابد من ذكره) حتى لو لم يقله لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لاحتياج الحي الى النسب ولو ترك بنتا ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس له ان الابن يعير بانتفاء نسب أمه كأبيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها (قوله فان عاد الزوج فأكذب نفسه) أي بعد اللعان ونفي الولد (قوله وهذا عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد على ما سبق (قوله وكذلك ان قذف غيرها الخ) على وزان ما قدمنا في زوال الاهلية بعد اللعان بالقذف بمجرد الزنا (قوله وكذا اذا زنت فحدت) قيل لا يستقيم

(قوله فيتضمنه القضاء بالتفريق) أي القضاء بالتفريق يتضمن نفي الولد (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق) ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لا ينتفي النسب عنه وهذا صحيح لانه ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي النسب كما بعد موت الولد (قوله لانه ينفك عنه) أي عن القضاء بالتفريق ألا ترى انه اذا نفى ولد أم الولد يثبت النفي ولا يثبت اللعان ولا التفريق ولو قال لامرأة يا زانية ولها منه ولد يثبت اللعان ولا يلزم نفي الولد (قوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به) أي له أن يتزوجها لما بينا وهو قوله اذا حد لم يبق أهلا للعان (قوله وكذا اذا زنت فحدت) أي كان له أن يتزوجها هذا اذا

جاز له أن يتزوجها وقوله (لما بينا) يريد به قوله لانه لما حد لم يبق أهلا للعان (وكذا اذا زنت فحدت) له ان يتزوجها (لانتفاء أهلية اللعان من جانبها) فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الاحصان والمرأة والرجل اذا زنيا بعد احصانهما رجما فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك أنى تبقى محلا للتزوج أجيب بان معنى قوله حدت جلدت وتصوير المسئلة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول

قال المصنف فان عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) أقول في النهاية اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف اهـ يعني بعد القذف قبل اللعان قوله قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها) اقول لا معنى لهذا الكلام بعد تقييد المسئلة بقوله بعد اللعان (قوله بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لاعنها) أقول وأما اذا أكذب نفسه قبل التطليق واللعان فانه يحد اذ حينئذ ينقلب قذفه سببا للحد لتعذر اللعان من جهته ولا مجال لذلك المقال اذا أكذب بعد التطليق لان المقصود باللعان لما حصل كانه حصل نفسه فيقرر سببية اللعان تأمل والله المستعان وبعبارة أخرى تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصير الى الموجب الاصلي كما سبق وفي الاكذاب بعد التطليق حصل المقصود بالخلف فلا يصار الى الاصل (قوله تكرار لقوله) أقول وفيما قدمنا في أول هذا الورق ما ينبهك على انه لا تكرار

(واذاقذف امرأته وهى صغيرة أومجنونة فلالعان بينهما) لانه لايحد قاذفها لو كان أجنبيا فكذا لايلاعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا اذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا) لعدم أهلية الشهادة (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها (واذا قال الزوج ليس حملك منى فلالعان بينهما) وهذا قول أبي حنيفة وزفر لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وهو معنى ماذكر فى الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف قلنا اذا لم يكن قذفا فى الحال يصير كالمعلق بالشرط

لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا يتصور حملها الزوج بل بمجرد ان تزنى تخرج عن الاهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف فيستقيم حينئذ توقف حلها للاول على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فان حدها حينئذ الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال أهلية الشهادة بطرو الفسق مثلا لا يوجب بطلان ماحكم به القاضى عنها فى حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع فى حال الاهلية ليبطل أثره من الحرمة (قوله ولو قذفها وهى صغيرة أو مجنونة) قذفا مقتصرا (فلالعان) وكذا لو أسند القذف وهى ممن يحد قاذفها فى الحال بان قال زنيت وأنت صبية أو مجنونة وجنونها معهود ولم يكن قذفا فى الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فانه يقتصر (قوله لانه) أى اللعان يتعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز ولا شهادة للاخرس فى الاموال فههنا أولى وكذا اذا كانت خرساء لا لعان لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه أو لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة (قوله وفيه خلاف الشافعي) ومالك والظاهر يتقبلا عن بالاشارة عندهم اعتبره بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته وقالوا ان أمامة بنت أبي العاص اصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فاشارت أى نعم فرأوا أنها وصية قلنا لم يثبت ذلك ولو ثبت فتجويز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لا يستلزم جواز حده بها فلا يجوز اللعان لان الاشارة لا تعرى عن الشبهة والحد يندرئ بها بخلاف غيره فانه يثبت معها (قوله وهذا قول أبي حنيفة وزفر) وبه قال أحمد والثورى والحسن البصرى والشعبي وابن أبي ليلى وابو ثور وبقولهما قال مالك وأبو حنيفة أولا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ) يعنى وقت لو ضع اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوى عن أبي يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي لحديث هلال بن أمية أنه صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ماتفيده القصة التى ذكرناها (قوله يصير كالمعلق) كانه قال ان كان فى بطنك ولد فهو من الزنا ولو قاله لا يلزمه الحد فكذا ما بمعناه وان لم يكن حقيقة المعلق اذ بالولادة يظهر انه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق اذ فى كل موقوف شبهة التعليق

تلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم زنت لان حدها الجلد حينئذ لانها ليست بمحصنة قبل الدخول ولا يمكن تصوير التزوج اذا كان اللعان بينهما بعد الدخول ثم زنت لان حدها الرجم (قوله وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) وفيه خلاف الشافعي وعند الشافعي رحمه الله يجب الحد واللعان لان اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولكنا نقول لابد من التصريح بلفظ الزنا ليكون قذفا موجبا للحد ولا يتاتى التصريح باشارة الاخرس فان اشارته دون عبارة الناطق بالكناية ولانه لابد من لفظ الشهادة فى اللعان حتى ان الناطق لو قال احلف مكان قوله اشهد لا يكون صحيحا وكذلك ان كانت هى خرساء ولان قذف الخرساء لا يوجب الحد على الاجنبي لجواز أن تصدقه لو كانت تنطق ولا تقدر على اظهار هذا التصديق باشارتها واقامة الحد مع الشبهة لا يجوز كذا فى المبسوط (قوله لانا تيقنا بقيام الحمل عنده) أى عند القذف فكان هذا ونفيه بعد الولادة سواء فيتحقق القذف فى الصورتين ولذا يثبت حكم الارث والوصية اذا ولدت لاقل من ستة أشهر

ثم انها زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد قال (واذا قذف امرأته وهى صغيرة أو مجنونة فلالعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان القاذف أجنبيا) لعدم احصانهما لان من شرطه البلوغ والعقل (فكذا لايلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا أو مجنونا لعدم الاهلية) لكونه غير مخاطب (وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان) لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت الا بالصريح فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي) هو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق (ولنا ان الاشارة لا تعرى عن الشبهة) لكونها محتملة (والحدود تندرئ بالشبهات) واللعان فى معنى الحدود قوله واذا قال الزوج ليس حملك منى ظاهر والضمير فى قوله بقيام الحمل عنده للقذف

وقوله (والقذف لا يصح تعليقه بالشرط) انما كان كذلك لان القذف مما لا يحلف به لافضائه الى ابتنائه الى زمان وجود الشرط فى ذمة الحالف وفى ذلك احتيال لاثبات ما يندرئ بالشبهات (وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا) ظاهر وقوله (وقد قذفها حاملا) روى انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال وفى رواية احيمر قصيرا وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التى سبقت لكان لى ولها شان (ولنا ان نفى الولد حكم من أحكامه والاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله) أى قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولادة فان قيل بل تترتب عليه قبلها كالرد بالعيب

فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس منى والقذف لا يصح تعليقه بالشرط (وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا (ولم ينف القاضى الحمل) وقال الشافعي ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحى (واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو فى الحالة التى تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن و يثبت النسب هذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه فى مدة النفاس) لان النفى يصح فى مدة قصيرة ولا يصح فى مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه أثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى

اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته فهو كالشرط فى حقنا وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندرئ بالشبهات وبثبوت الشبهة امتنع لعانها حاملا عندنا لان الحمل وان ترتب عليه أحكام كرد المبيعة به والارث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنفى الحمل بل بالزنا قال وجدت شريك بن سحماء على بطنها يزنى بها وقوله صلى الله عليه وسلم انظروا فان جاءت به كذا الى آخر ماقدمناه فانظره كان اما لعلمه صلى الله عليه وسلم بحملها من طريق الوحى أو لان اللعان تاخر حتى ظهر الحمل وكذا أنكر أحمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزى على أن كون لعانهما كان قبل الوضع معارض فقد قدمنا فى الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد أنه كان بعد وضعها وهو قوله فقال صلى الله عليه وسلم اللهم بين فوضعت شبيها بالذى ذكر زوجها انه وجده عند أهله فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل باحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف (قوله ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه) أى على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونه نفخا أو ماء وقد أخبرنى بعض أهلى عن بعض خواصها انها ظهر بها حبل واستمر الى تسعة أشهر ولم يشكك فيه حتى تهيأن له بتهيئة ثياب المولود ثم أصابها طلق وجلست الداية تحتها ولم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفى كل عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد وأما توريثه والوصية به وله فلا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل وأما العتق فانه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى وأما رد الجارية المبيعة بالحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفى البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الاصحاب أما عند أبي حنيفة فظاهر وأما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له حكم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة و يمتنع اللعان بها لانه من قبيل الحدود والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب (قوله واذا نفى الرجل) الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفى الولد وله شرطان متفق

(قوله كانه قال ان كان بك حمل فليس منى) ولو قال هذا لا يكون قذفا لانه لا يحتمل التعليق بالشرط لانها متى لم تكن زانية قبل وجود الشرط لا تصير زانية بوجوده لان المعلق بالشرط لا يكون قاذفا فى الحال ولا يمكن

والميراث والوصية به وله أجيب بان اللعان فى حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر فى الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب يراد به بعضها ونفى الولد منها لئلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة (والحديث) أى حديث هلال (محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحى) بدليل ماروينا انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحى وقوله (واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو فى الحالة التى تقبل التهنئة) قال فى النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنئة ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر وقوله (يصح نفيه فى مدة النفاس) يعنى اذا كان حاضرا (ولابى حنيفة انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتامل) لئلا يقع فى نفى الولد مجازفا (وأحوال الناس فى ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه) أى على عدم النفى وهو قبوله التهنئة فيها

(قوله روى انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به أصيهب أريصح حمش الساقين فهو لهلال الى آخر الحديث) أقول الاصيهب تصغير الاصهب وهو الذى يضرب شعره الى الحمرة والاريصح تصغير الارصح وهو قليل لحم الفخذين وحمش الساقين أى دقيقهما بالحاء المهملة المفتوحة (قوله وان جاءت به اسود جعدا جماليا الحديث) أقول الجمالى بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل قال المصنف (لتمكن الاحتمال قبله) أقول أى قبل الولادة وتذكير الضمير لكونها فى تاويل أن مع الفعل قال المصنف (والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحى) أقول فيه بحث

ذلك الوقت فهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين قال (واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني يثبت نسبهما) لانهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحد الزوج) لانه أكذب نفسه بدعوى

ومختلف فالمتفق أن لا يقبل التهنئة أو لا يسكت عندها وهذا من المواضع التي اعتبر فيها السكوت رضا وقد أوردناها منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد في ولد الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس دعوة ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي والمختلف فيه أن يقع أعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند أبي حنيفة ولو وقع بعده ان كان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان غائبا على ما سيذكر ثم لم يعين لها مقدارا في ظاهر الرواية وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة تقديرها بثلاثة أيام وروى الحسن عنه سبعة لانها أيام التهنئة وضعفه السرخسي بان نصب المقادير بالرأي متعذر وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لانها أثر الولادة وكان القياس أن لا يجوز النفي الا على فور الولادة كقول الشافعي الا أنا استحسنا جواز تأخيره مدة يقع فيها التأمل لان النفي يحتاج اليه كي لا يقع في نفي ولده أو استلحاق غير ولده وكلاهما حرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نزلت آية الملاعنة أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه أبو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم من ادعى أبا في الاسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة اذا طالت لا يجوز النفي فجعلا القصيرة مدة النفاس لانه أثر الولادة ولذا أحكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلاة والصوم والقربان فكانها فور الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة أصلا لانها للتامل والناس يختلفون فيه والاحوال أيضا تختلف في افادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله أو أمن على دعاء المهنئ أو سكوته عند تهنئته أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت وقد يقال ان اعتبار مضى ذلك الوقت وما قبله لجواز النفي لم يخرج عن التعيين فينافيه قوله لا معنى للتعيين أصلا اه (قوله وان كان غائبا) ما تقدم كان اذا كان حاضرا فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة وعن أبي يوسف ان قدم قبل أن تمضي مدة الفصال فله أن ينفيه الى أربعين يوما وان قدم بعدها فليس له أن ينفيه أصلا لانه لو جاز ذلك لجاز بعدما صار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه الى تمام الاربعين عند أبي حنيفة ومحمد وذكر في غرر رواية الاصول عن أبي يوسف اذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن وقال محمد لو نفاه بعد الحولين الى أربعين يوما من حين بلغه يلاعن بينهما ويقطع نسبه (قوله لانهما توأمان) هما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر (قوله وحد الزوج لانه أكذب نفسه بدعوى

تحقيق القذف عند الشرط لعدم كلامه حقيقة عنده ولا يقال هذا ليس بمعلق بل هو موقوف حتى يتبين في الثاني انه موجود عند النفي أم معدوم فاذا عرف وجوده تبين انه قذف مطلق لان فيه شبهة التعلق لان كل موقوف فيه شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته وهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقة التعليق في الحدود وعند الشافعي رحمه الله تلاعن قبل الوضع لانه قذفها حقيقة بنفي الولد قلنا نفي الولد لا يكون بدونه ولا يعلم وجوده قبل الولادة فلعله ريح أو انتفاخ (قوله ثم قد تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين) وفي الايضاح وعلى هذا الاصل قالوا في الغائب عن امرأته اذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم ان له النفي عند أبي حنيفة رحمه الله في مقدار ما تقبل فيه التهنئة وقالا في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حالة القدوم كحالة الولادة

أو سكوته عند التهنئة فان ذلك اقرار منه أن الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج اليه لاصلاح الولد عادة أو مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعد وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروى الحسن عن أبي حنيفة انه قدره بسبعة أيام لان في هذه تستعد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالرأي لا يجوز وذكر في الشامل انه روى عن أبي حنيفة انه يقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الاول (ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين) فيجعل كأنها ولدته الآن فله النفي عند أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة (قوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد) ظاهر

لان أحكامه عليه السلام محمولة على نصب الشرع الا أن يقوم دليل على كونها من الخصائص كما تقرر في الاصول

الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذر بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

(باب العنين وغيره)

الثاني) وعلى هذا في أولاد ثلاثة أقر بالاول والثالث ونفى الثاني (قوله والاقرار بالعفة) وهو ما يتضمنه الاعتراف بالاول (سابق على القذف) بنفي الثاني حقيقة (فصار كأنه قال هي عفيفة) ثم قذفها لا يقال ثبوت نسب الاول معتبر باق بعد نفي الثاني فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفي الثاني وذلك يوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكمي والحد لا يحتاط في اثباته فكان اعتبار الحقيقة هنا متعينا لا الحكمي هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ *(فروع)* لو نفاهما فمات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزماه لانه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت وانتفائه عنه فلا ينتفي الحي لانه لا يفارقه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفك عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش ويثبت النفي تبعا له ان أمكن ولا يلاعن عند أبي يوسف لان القذف أوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما وجب ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بعده بيوم لزم الولدان لان القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاول واللعان ماض لانه يقبل الفصل عن انتفائه ولو قال بعد ذلك هما ولداي لا حد عليه لانه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه للتصريح بالرجوع ولو قال ليسا ابني كانا ابنيه ولا يحد لان القاضي نفى أحدهما وذلك نفي للتوأمين فليسا ولديه من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا بل من وجه وفي النوادر ذكر الحسن عن أبي حنيفة أن في امرأة جاءت بثلاثة أولاد فأقر بالاول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه ولو نفى الاول والثالث وأقر بالثاني يحد وهم بنوه وكذا في ولد واحد اذا أقر به ونفاه ثم أقر به يلاعن ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسب بعض الحمل اقرار بالكل كمن قال يده أو رجله مني واعلم ان ولد الملاعنة اذا قطع نسبه من الاب وألحق بالام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب اذا كان المدعى ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في اثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الاياس من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه والله أعلم

(باب العنين وغيره)

لما ذكر أحكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بهما ممن به مرض له نسبة الى

(قوله والاقرار بالعفة سابق على القذف) هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ينبغي أن يجب عليه الحد لانه أكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي يثبت الاكذاب ويجب الحد فكذا هنا فاجاب عنه ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة واما من حيث الحكم فلاحق ثم ان كان يجب الحد باعتبار الحكم فلا يجب باعتبار الحقيقة فلا يجب الحد ما للشك في وجوب الحد واما للسعي في درء الحد عند الشبهة واما الترجيح جانب الحقيقة على الحكم لان الحقيقة حقيق بالعمل والله تعالى أعلم بالصواب

(باب العنين وغيره)

(والاقرار بالعفة سابق على القذف) جواب سؤال تقديره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه أكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الولد فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة (فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن) ولا يكون ذلك اكذابا (فكذلك هذا)

(باب العنين وغيره)
لما فرغ من وجوه أحكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الاصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين أن تقوم آلته أو لم تقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر أو الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو

لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها

(واذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود ولان الحق ثابت لها فى الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا امضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع

النكاح والعنين من لا يقدر على اتيان النساء مع قيام الآلة من عن اذا حبس فى العنة وهى حظيرة الابل أو من عن اذا عرض لان ذكره يعن يمينا وشمالا ولا يقصده لاسترخائه وجمع العنين عنن ويقال عنين بين التعنن ولا يقال بين العنة ولو كان يصل الى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو الى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو لكبر سن فهو عنين بالنسبة الى من لا يصل اليها لفوات المقصود فى حقها وما عن الهندوانى يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به والا علم أنه عنين لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لان التأجيل ليس الا ليعرف أنه عنين على ما قالوا والا فلا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التأجيل لابد منه لانه حكمه وفى المحيط آلته قصيرة لا يمكن ادخالها الى داخل الفرج لاحق لها فى المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا كالزر فحكمه كالمجبوب (قوله أجله الحاكم سنة) أى من وقت الخصومة ولا يعتبر تاجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعدما أجله بنى المتولى على التاجيل الاول (قوله هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود) أما الرواية عن عمر فلها طرق منها طريق عبد الرزاق حدثنا معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى العنين أن يؤجل سنة قال معمر وبلغنى ان التاجيل من يوم يخاصم وهكذا أخرجه ابن أبى شيبة حدثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليه الحديث ورواه ابن أبى شيبة بسند أن عمر أجل العنين سنة زاد فى لفظ وقال ان أتاها والا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن أبى حنيفة قال حدثنا اسمعيل بن مسلم المكى عن الحسن عن عمر بن الخطاب ان امرأة أتته فاخبرته أن زوجها لا يصل اليها فاجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة وأما حديث على رضى الله عنه فرواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق بسنديهما وحديث ابن مسعود رواه ابن أبى شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما ورواه أيضا عبد الرزاق والدارقطنى وروى ابن أبى شيبة عن المغيرة بن شعبة انه أجل العنين سنة وأخرج ابن أبى شيبة عن الحسن والشعبى والنخعى وعطاء وسعيد بن المسيب رضى الله عنهم انهم قالوا يؤجل العنين سنة (قوله فلابد من مدة معرفة لذلك) أى معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة أو آفة أصلية فى أصل الخلقة فقدرناها بالسنة لانها معرفة لذلك لانه ان كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل باحد هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو أردأ الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه فى الفصل المضاد له فيه أو من كيفيتين فيتم فى مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال (قوله فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك بآفة أصلية) وفيه نظر فان ظاهره ان موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة

هو الذى لا يقدر على اتيان النساء من عن اذا حبس فى العنة وهى حظيرة الابل أو من عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا يقصده وقيل سمى العنين عنينا لان ذكره يسترخى فيعن يمينا وشمالا ولا يقصد للماتى من المرأة فالعنين هو الذى لا يصل الى النساء مع قيام الآلة أو يصل الى الثيب دون الابكار أو الى بعض النساء دون البعض وانما يكون ذلك لمرض به أو لضعف فى خلقته أو لكبر سنه أو سحر فهو عنين فى حق من لا يصل اليها لفوات المقصود فيؤجله الحاكم سنة لان حقها مستحق بعقد النكاح وطأ فى الجملة لا فى كل زمان والعدم فى الحال لا يدل على العدم فى الثانى من الزمان لان ذا قد يكون لمرض وذا لا يوجب الخيار وقد يكون

قال (واذا كان الزوج عنينا) أى واذا كان الزوج عنينا (أجله الحاكم سنة) ابتداؤها من وقت الخصومة (فان وصل اليها والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المرأة ذلك) وهو قول عمر وعلى وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الامصار كابى حنيفة وأصحابه والشافعى وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رضى الله عنهم (ولان حقها ثابت فى الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة أصلية فلابد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة) لان العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع (فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة أصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع

قال المصنف (فلابد من مدة معرفة لذلك) أقول وعن الهندوانى يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان كان عضوه يؤل الى النقصان وينزوى علم انه لا عنة فيه وان كان لا يؤل ولا ينزوى علم انه عنين كذا فى شرح الكاكى قال ابن الهمام لو اعتبر هذا لزم أنه لا يؤجل سنة لان التاجيل ليس الا ليعرف انه عنين على ما قالوا ولا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التاجيل لابد منه لانه حكمه اه ناب

ناب القاضى منابه ففرق بينهما ولابد من طلبها لان التفريق حقها (وتلك الفرقة تطليقة بائنة) لان فعل

ضربت لتعريفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك لآفة أصلية فى الخلقة اذ المرض قد يمتد سنة وأيضا مماله حكم العنين المسحور ومقتضى السحر مما قد يمتد السنين وبمضى السنة يفرق بينهما اذا طلبت ذلك مع العلم بعدم الآفة الاصلية لغرض العلم بانه يصل الى غيرها من النساء فالحق ان التفريق منوط اما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو للاصلية ومضى السنة مع عدم الوصول موجب لذلك أو هو عدم ايفاء حقها فقط باى طريق كان والسنة جعلت غاية فى الصبر وابلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد مضى السنة أجلنى يوما لا يجيبه الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الاجل لان السنة غاية فى ابلاء العذر وقال لبيد لابنتيه حين حضرته الوفاة

تمنى ابنتاى أن يعيش أبوهما * وهل أنا الا من ربيعة أو مضر
فقوما وقولا بالذى قد علمتما * ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر
الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

(قوله ولابد من طلبها) هذا اذا كانت حرة غير رتقاء فان كانت رتقاء فلا حق لها فى الفرقة وان كانت أمة فالطلب عند أبى يوسف لها وعند أبى حنيفة لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن فى العزل وقيل محمد مع أبى يوسف وقد مرت ولا يسقط حقها فى طلب الفرقة بتاخير المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التاجيل مهما أخرت لان ذلك قد يكون للتجربة وترجى الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنينا ينتظر بلوغه لان للصبا أثرا فى عدم الشهوة قال قاضيخان الغلام الذى بلغ أربع عشرة سنة اذا لم يصل الى امرأته ويصل الى غيرها يؤجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا تخاصم عنه وليه يؤجل لسنة لان الجنون لا يعدم الشهوة بخلاف مالو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة ممن يخاصم عنه وليه فانه لا فائدة فى انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والا نصب القاضى عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الولى فى المسئلتين ببينة على رضاها بعنته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فان نكلت لم يفرق والا فرق. ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل لم يذكره محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا فى الجب فادعته فانكره يريه رجلا فان أمكن علمه به بالجس من وراء ثوب لا يكشف عورته وان لم يتيقن بذلك الا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة الى سنتين ثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق بخلافه فى العنين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق ذكره فى الغاية قال فى شرح الكنز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه ألا يرى انها لو أقرت بعد الفرقة انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة يبعد هذا البحث وهو ان التفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان بثبوت النسب منه يثبت انه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هى به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين أو المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى به اذا بلغت واذا رضيت قبل التاجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل لجفاف مائه لم يكن لها طلب الفرقة (قوله وتلك الفرقة تطليقة بائنة) وهو قول مالك والثورى وغيرهما وقال الشافعى وأحمد رحمهما الله فسخ لانها من جهتها وقاس الماوردى على الفرقة بالجب قلنا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب القاضى عنه فيه فيضاف

خلقة وانما يتبين ذلك بالتاجيل سنة لان المرض غالبا قد يكون لغلبة البرودة أو الحرارة أو اليبوسة أو الرطوبة وفصول السنة مشتملة على الرطوبة والحرارة واليبوسة والبرودة فهى يوافق فصل منها طبعه فيزول

ناب القاضى منابه ففرق بينهما) وقيل ينبغى ان يقدر السنة شمسية أخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما نذكره (ولابد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل

القاضى أضيف الى الزوج وكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعى رحمه الله هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) يعنى
بعد التمام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما فى خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم (وانما تقع التطليقة بائنة لان المقصود وهو

القاضى أضيف الى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعى هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا به لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة (ولها كمال مهرها ان كان خلا بها) فان خلوة العنين صحيحة (و يجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا أقر الزوج انه لم يصل اليها (ولو اختلف الزوج والمرأة فى الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه) لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة فى الجبلة (ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هى بكر أجل سنة) لظهور كذبه (وان قلن هى ثيب يحلف الزوج فان حلف

فعله اليه والقياس على الجب ممنوع لان الفرقة بسببه عندنا أيضا طلاق (قوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) أى النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لانه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان فى معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه لانه فرقة بعد التمام فلا يقبلها كما لا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا فى رواية أبى حنيفة عن عمر رضى الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالحال ولو تزوجت به أخرى عالمة بحاله ففى الاصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى وقيل لا يكون رضا لجواز تأميلها برأه ودفع بانه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ فى أكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوج به راضية بالعيب (قوله هذا) أى هذا الذى ذكرنا من أنها اذا طالبته بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما اذا اعترف الزوج بعدم الوصول اليها فى هذا النكاح وان تصادقا انه وصل اليها فى نكاح قبله ثم طلقها لانه اذا وطئها فى نكاح ثم أبانها ثم تزوجها ثانيا ولم يصل اليها لها المطالبة بالفرقة فان اختلفا وادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر فى الكتاب (قوله وان نكل أجل سنة) سواء جعل النكول اقرارا أو بذلا فكأنه أقر بعدم الوصول اليها (قوله وان كانت بكرا) يعنى اذا نكل وكانت بكرا وقت النكاح لا يستحلف بل تراها النساء فان قلن هى بكر أجل سنة من غير احتياج الى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه وقوله فان قال خرج على ما هو الاولى من اراءتها الامرأتين ثم جعلهما جمعا والا فالواحدة

مابه من المرض باعتدال الطبع فى مضت السنة ولم يزل فالظاهر انه خلقة وان حقها المستحق فات فيفرق بطلبها لانه حقها وذكر الامام قاضيخان فاذا وجدت زوجها عنينا ولم تخاصم زمانا لم يبطل وكذا لو رفعت الامر الى القاضى وأجله القاضى سنة فلم تخاصم زمانا بعد مضى الاجل لانها لا تقدر على الخصومة فى كل وقت ولان ذا قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضا ولو وطئها مرة ثم عجز لا خيار لها وكذلك لو لم يكن له ماء ويجامع ولا ينزل لا يكون لها حق الخصومة ولو فرق بينهما بعدم الوصول ثم وعدها الوصول فتزوجها فعجز لا خيار لها لانها رضيت بخلاف ما لو تزوجت به أخرى وهى عالمة بحاله لا يكون رضا منها وفى الاصل يكون رضا لانها رضيت بالمقام معه وان علمت عند النكاح بحاله لا يبطل خيارها بطول مقامها معه لان الحق لا يبطل بالتأخير ما لم تقل رضيت بالمقام معه وفى أدب القاضى سال لزوج القاضى أن يؤجله سنة أخرى أو شهرا أو أكثر فانه لا ينبغى له أن يفعل ذلك الا برضاء المرأة فان رضيت ثم رجعت فلها ذلك و يبطل الاجل و يخير كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله (قوله فان خلوة العنين صحيحة) اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز أن يمتنع من الوطء اختيارا فدار الحكم على سلامة الآلة (قوله لما بينا من قبل) أى فى باب المهر حيث قال وعليها العدة فى جميع هذه المسائل احتياطا (قوله فالقول قوله) والقياس أن يكون القول قولها لانها تنكر

دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة) وهى التى لا تكون ذات زوج ولا مطلقة اما الاولى فلفوات المقصود وهو الوطء واما الثانية فلانها تحت زوج فلا يحصل لها دفع الظلم (ولها كمال المهران كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة) لان المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلى رضى الله عنهما حيث قالا ما ذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم (و يجب العدة) لتوهم الشغل احتياطا استحسانا (لما بينا) يعنى فى باب المهر هذا اذا أقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وأنكرته (فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة) حقيقة وان كان مدعيا للوصول صورة (والاصل فى الجبلة السلامة) وكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة (ثم ان حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا انظر النساء اليها فان قلن هى بكر اجل سنة وان قلن هى ثيب يحلف الزوج لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن ليكون حجة (فان حلف لا

(قوله يعنى بعد التمام وأما قبل تمام العقد فيقبل كما فى خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم) أقول ولعل الشافعى ينازع فى التمام
(قوله اذا خيـ.. فى العنة الى قوله لانه يعنى ...) أقول العنة تضعف العين وقوله لانه يعنى أى يعنى ذكره ...

لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما فى الحال ان طلبت) لانه لا فائدة فى التأجيل (والخصى يؤجل كما يؤجل العنين) لان وطأه مرجو (واذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر اليها النساء فان قلن هى بكر خيرت) لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهى البكارة (وان قلن هى ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت) لتأيدها بالنكول (وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا فى الاصل فالقول قوله مع يمينه) وقد ذكرناه (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار) لانها رضيت ببطلان حقها

العدلة تكفى نص على العدالة فى كافى الحاكم والثنتان أحوط وطريق معرفة أنها بكر ان تدفع فى فرجها أصغر بيضة للدجاج فان دخلت من غير عنف فهى ثيب والا فبكر أو تكسر وتسكب فى فرجها فان دخل فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وان قلن ثيب تثبت الثيوبة ولا يثبت وصوله اليها لان البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها غير أن القول قوله لو قالت زالت البكارة باصبعه ونحوه فيحلف انه وصل اليها فان حلف تقرر النكاح وان نكل أجله سنة ثم فرق بينهما ان لم يصل اليها ثم اذا أجل ومضت السنة فاختلفا فى الوصول فى السنة فعلى ما اذا اختلفا قبل التأجيل ان كانت بكرا انظرن اليها فان قلن بكر خيرت للحال بين الاقامة والفرقة وان قلن ثيب حلف فان نكل خيرت وان حلف استقر النكاح وان كانت ثيبا فى الاصل فاختلفا قبل التأجيل أو بعده فالقول له فان حلف استقر النكاح ولو نكل أجل وخيرت بعده وفى موضع تخير يعتبر المجلس كتخيير الزوج فان قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعونة القاضى ولو مكرهة لزم النكاح لانه كان يمكنها الاختيار نفسها قبل أن تقام واذا اختارت نفسها أمره القاضى أن يطلقها فان أبى فرق بينهما كذا ذكره محمد فى الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا تحتاج الى القضاء كخيار المخيرة (قوله لانه لا فائدة فى التأجيل) لانه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصى لان آلته قائمة وانما سلت خصيتاه أو وجئ والموجوء الذى رض خصيتاه قال لى بعض أهل الماشية انه تمرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يحبسان الى فوق الى أن يرتفعا الى ظهره فلا يعودان و يكون نشيطا كثير الجماع الا أنه لا يحبل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين (قوله واذا أجل العنين سنة فقال الخ) قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل بالاختلاف قبله فلا نعيده *(فرع)* الخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فان وصل اليها والا أجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء أعنى المجبوب

الوصول الا أن الزوج منكر فى معنى ثبوت حق الفرقة بالتأجيل والعبرة للمعنى لا للصورة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة فكذا هنا (قوله فان قلن هى بكر خيرت) فالحاصل أن الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير ثم كيف يعرف انها بكر أم ثيب قالوا يدفع فى فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل يكسر البيض فيصب فى فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر (قوله لان شهادتهن تأيدت بمؤيد) وهى البكارة اذ البكارة أصل فيهن فيثبت بقولهن وان قلن هى ثيب تثبت الثيابة أيضا ولكن مع ذلك يحلف الرجل لانه ليس من ضرورة الثيابة الوصول اليها لاحتمال زوال البكارة بشئ آخر فلم يثبت بشهادتهن الوصول فلهذا يحلف الزوج بخلاف البكارة فان بشهادتهن تثبت البكارة ومن ضرورتها عدم الوصول فاذا خيرت ولم تحتج الى شئ آخر وانما خيرت لانها قصدت بالنكاح أن تستعف ولا تحصل لها العفة بهذا الزوج و بغيره مع قيام هذا النكاح فلو لم يخير كان تعريضا لها على الزنا وذكر فى المبسوط واذا خيرها القاضى فاختارت الزوج أو قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى أو قام القاضى قبل أن تختار شيأ بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار الى أن قامت أو أقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشئ فان اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج بأن يطلقها وان أبى فرق القاضى بينهما (قوله

لا حق لها وان نكل يؤجل سنة) ثم كيف يعرف انها بكر أو ثيب قالوا يدفع فى فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان أمكنها أن تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل تكسر البيضة فتصب فى فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر قوله (وان كان مجبوبا فرق بينهما فى الحال) ظاهر قوله (وان قلن هى ثيب حلف الزوج) حاصله ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتأجيل ومرة بعد الاجل للتخيير (فان نكل خيرت لتأيدها بالنكول) أى لتأيد دعوى المرأة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين (فان حلف لا تخير) لبطلان حقها (وان كانت ثيبا فى الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه) يعنى قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة (فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها) وكذلك اذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى أو قام القاضى قبل أن تختار شيأ بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك موقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار الى أن قامت

أو أقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشئ فان اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج أن يطلقها فان أبى فرق القاضى بينهما كما مر

قال (وفى التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح) وهو ظاهر الرواية وهى ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وروى الحسن أنه تعتبر السنة الشمسية وهى ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم (وتحتسب بايام الحيض وشهر رمضان) يعنى لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة فى مدة أيام التاجيل أيام أخر بل هى محسوبة من مدة التاجيل وذلك لان الصحابة رضى الله عنهم قدروا مدة التاجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها (ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه) أى عن المرض فلم يكن فى معنى أيام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من أيام أخر وعليه فتوى المشايخ وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه اذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه فى الليل ممنوع فى النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين فى شئ من السنة ولو فى يوم يحتسب عليه زمان المرض وعن محمد رحمه الله ان مرض أحدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان للمرض شهر لا يحتسب ويزاد فى مدته بقدر مدة المرض

وفى التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك فى السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه

والخصى والعنين وهى عالمة بحاله فلا خيار لها وان لم تكن عالمة به فلها المطالبة بالفرقة (قوله هو الصحيح) صححه أيضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الائمة السرخسى وقاضيخان وظهير الدين من اعتبارها شمسية وهى رواية الحسن عن أبى حنيفة وما ضربت السنة الا للتوصل الى صلاح الطبع ورفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها وجه الاول ان الثابت عن الصحابة كعمر رضى الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وأهل الشرع انما يتعارفون الاشهر والسنين بالاهلة فاذا أطلق السنة انصرف الى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه ثم زيادة الشمسية قيل أحد عشر يوما وعن الحلوانى السنة الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت فى نسخة ورأيت فى أخرى عنه فى الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم الاجزأ من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذى يظهر ان هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين كتب الى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم ترفع الدعوى اليه وكذا قول الراوى عن عمر فى المرأة التى أتت اليه فاجله حولا من غير تقييد فى السنة والحول لم يرد به الا ما بالاهلة هذا الذى تعرفه العرب وأهل الشرع على أن الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذى توارد عليه العرفان والله سبحانه أعلم (قوله وتعتبر بايام الحيض) أى تحتسب من السنة لوجودها فى السنة يقينا وعادة (قوله ولا تحتسب بمرضه ومرضها) هكذا مطلقا وعن أبى يوسف اذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع فان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر لم يحتسب وعوض عنه لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الوطء فيه بالليل لا بالنهار وذلك نصفه فكذا النصف من كل شهر وهذا أصح الروايات عن أبى يوسف وفى رواية ان ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفى رواية ان مدة الكثرة سنة وفى رواية أكثر السنة وعن محمد لو مرض فى السنة يؤجل مقدار مرضه قيل عليه الفتوى فان حج أو غاب هو احتسب عليه لان العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد احرامه فلا يكون عذرا بخلاف ما اذا حجت هى أو غابت لا يحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فان حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من المجئ الى السجن لم يحتسب عليه وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وان لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم يحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق وان كان عاجزا أمهله شهرى الكفارة ثم أجله فيتم تاجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التاجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد على المدة المقدرة

وفى التاجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح) واختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى عليه فى المبسوط واختيار الامام قاضيخان والامام ظهير الدين رحمهما الله فى التأجيل انه يقدر بسنة شمسية أخذا بالاحتياط فربما يكون موافقة الفلاح فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين الشمسية والقمرية وفى شرح الطحاوى رحمه الله التاجيل بالسنة القمرية ظاهر الرواية والتاجيل بالشمسية رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله وعن شمس الائمة الحلوانى رحمه الله الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما وفى الذخيرة يؤجل العنين سنة شمسية لا قمرية فالسنة الشمسية السنة بالايام والسنة القمرية السنة بالاهلة والشمسية تزيد على القمرية باحد عشر يوما وشئ فيجوز أن يوافق طبعه هذه الزيادة فلا بد من اعتبارها (قوله ولا يحتسب بمرضه ومرضها) وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه اذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان أقل من نصف الشهر احتسب

(واذا

(واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعى ترد بالعيوب الخمسة وهى الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلاة والسلام فر من المجذوم فرارك من الاسد

(قوله واذا كان بالزوجة عيب الخ) الحاصل انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب فى الآخر كائنا من كان عند أبى حنيفة وأبى يوسف وهو قول عطاء والنخعى وعمر بن عبد العزيز وأبى زياد وأبى قلابة وابن أبى ليلى والاوزاعى والثورى والخطابى وداود الظاهرى وأتباعه وفى المبسوط انه مذهب على وابن مسعود رضى الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب فى المرأة ولها هى الخيار بعيب فيه من الثلاثة الجنون والجذام والبرص وقال الشافعى رحمه الله لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الفسخ اذا كانت رتقاء أو قرناء أيضا فله الخيار فى خمسة عيوب ولها فى ثلاثة وهو قول مالك وأحمد وقال الزهرى وشريح وأبو ثور ترد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الاول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجن اذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال أجذم ولا أجن ولا مجن وثلاثة من أسماء المفعولين من أفعل جاءت على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من أحزنه الله ومحبوب من أحبه الله وجاء على القياس فى الثالث فى قول عنترة

ولقد نزلت فلا تظنى غيره * منى بمنزلة المحب المكرم

والفعل من البرص برص فهو أبرص وأبرصه الله والرتق الالتحام والرتقاء هى الملتحمة والقرن فى الفرج اما غدة غليظة أو عظم يمنع سلوك الذكر للشافعى رحمه الله ومن معه النص فى بعضها وقياسان فى بعضها وثلاثة أقيسة فى بعضها اما النص فما روى انه صلى الله عليه وسلم رد بالعيب قال للتى رأى بكشحها وضحا أو بياضا الحقى باهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجامع أنه ينفر منه الطبع وهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره فى جنس العلل وهو المباعدة والفرار فانه جنس الفسخ قال النبى صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ويجعل الجذام منصوصا عليه فى هذا الحديث لان الفرار يثبت بفسخ نكاحه والحديث رواه البخارى تعليقا عن أبى هريرة قال صلى الله عليه وسلم لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد ويقاس النكاح على البيع فى انه يفسخ بهذه العيوب هكذا عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب بجامع المانع الحسى فيما به فوات مقصود النكاح فى حق كل منهما قلنا أما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحقى باهلك من كنايات الطلاق وأما الثانى فظاهره غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه ويثاب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه وأما القياس فتخلف فيه جزء المقتضى أو شرطه فان المقتضى للفسخ العيب مع وقوعه فى عقد مبادلة تجرى فيه المشاحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا اختلفت لوازمهما حتى أجزناه على عبد وفرس غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة أصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد بلا عيب وفى النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال

عليه وان كان أكثر لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه فى الليل ممنوع فى النهار فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وهذا أصح الروايات عن أبى يوسف رحمه الله وان أحرمت بحجة الاسلام لم يحتسب على الزوج بتلك المدة لانه لا يقدر على أن يحللها ألا ترى انها لو كانت محرمة وخاصمته لم يؤجله القاضى حتى تفرغ من الحج ولو خاصمته والزوج مظاهر منها فان كان يقدر على العتق أجله وان كان عاجزا عن ذلك أمهله شهرين لانه ممنوع عن غشيانها ما لم يكفر فان ظاهر منها بعد

(واذا كان بالزوجة عيب) أى عيب كان (فلا خيار للزوج فى فسخ النكاح وقال الشافعى ترد بالعيوب الخمسة وهى الجذام والبرص والجنون والرتق) بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع أى لانسداده ليس لها خرق الا المبال (والقرن) بسكون الراء قال فى المغرب هو اما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم تمنع من سلوك الذكر فى الفرج وامرأة قرناء بها ذلك قال لانها يعنى العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا أما حسا ففى الرتق والقرن وأما طبعا ففى الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسرى الى الاولاد (والطبع مؤيد بالشرع) قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد

قال المصنف (قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد) أقول قال الزيلعى لا حجة فيه لانه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد اجماعا لانه يجوز أن يدنو منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه اه فيه بحث اذ لم يذكره الشافعى دليلا على انه يوجب الخيار بل على كونه منفورا عنه شرعا كما أنه منفور عنه طبعا

(ولنا أن فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ) حتى لا يسقط شئ من مهرها فاختلاله بهذه العيوب أولى قيل فيه ضعف لان النكاح موقت بحياتهما (وهذا) أى كون هذه العيوب لا توجب الفسخ (لان الاستيفاء من الثمرات) وفوت الثمرة لا يؤثر فى العقد ألا ترى انه لو لم يستوف لبخر أو ذفر أو قرح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل أما فى الجذام والبرص والجنون فظاهر وأما فى الباقيين فبالشق أو الفتق وقوله عليه السلام فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روى أنه عليه السلام قال لها الحقى باهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روى عن عمر أنه أثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروى عن على وابن مسعود (واذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لها الخيار) لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق (ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت فى الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) وهو الوطء لان شرعية النكاح لاجل الوطء (وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا) فان قيل قد جعل المصنف الوطء فيما اذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفى مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم عن ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الوضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة والله أعلم *(باب

ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل (واذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما فى الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت فى الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله أعلم

والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له فى فسخ النكاح به وفى البيع يفسخ بدون ذلك ولو هزلا بالبيع لم ينفذ وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة فى الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز أن يطأ من هى كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه فى ذات القروح الفاحشة والبخر الزائد وحينئذ قول محمد ان وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصود للوجه الاخير بخلافه هو اذا وجدها كذلك لانه يتمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق ووجه دفعه ودفع قول الزهرى ومن معه انتظمه دفع أقيسة الشافعى ومن معه (قوله ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ) فاختلاله بهذه العيوب أولى أن لا يوجب الفسخ ونظر فيه بان النكاح مؤقت بحياتهما (قوله وهذا) أى كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من كل وجه على الكمال والمستحق التمكن أى التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا (قوله لانهما يخلان بالمقصود) فان قيل جعل فى المسئلة التى قبلها الاستيفاء للوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله

التاجيل لم يلتفت القاضى الى ذلك واحتسب عليه بتلك المدة لانه كان متمكنا أن لا يظاهر منها * الجذام هو تشقق الجلد وتقطع اللحم وتساقطه وانفعل منه جذم والرتق بالتحريك مصدر قولك امرأة رتقاء لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع منها كذا فى الصحاح والقرن فى الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه اما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم وامرأة قرناء بها ذلك وقيل العفلة وهى بالتحريك شئ يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيه بالادرة للرجل وقيل نتوء فى الرحم واختصم الى شريح فى جارية بها قرن فقال أقعدوها فان أصاب الارض فهو عيب وان لم يصب الارض فليس بعيب (قوله ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ) حتى يسقط شئ من المهر بالموت (قوله والمستحق هو التمكن وهو حاصل) أى التمكن من الوطء حاصل اما فى المجذومة والمجنونة والبرصاء فظاهر وأما فى الرتقاء والقرناء فممكن بالشق والفتق (قوله وقال محمد رحمه الله لها الخيار) اذا كان على حال لا تطيق المقام معه لانه تعذر عليها الوصول

قال المصنف (ولنا ان فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ) أقول وفيه نظر لان النكاح مؤقت بحياتهما كما سيجىء (قوله الحديث محمول على الفرار بالطلاق) أقول فيه بحث قال المصنف (لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) أقول فان قيل جعل فى المسئلة التى قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخيرن فى الفسخ بالجب وهذا تدافع أجيب بان الوطء له جهتان جهة كونه متصورا باعتبار المقصود الذى شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة فلو كان مقصودا لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت

(باب العدة) العدة لما كانت أثر الفرقة بالطلاق وغيره اعقبها بالذكر وجوه التفريق فى باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة فى اللغة ايام اقراء المرأة وفى الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال الملك المتعة متأكدا بالدخول أو الخلوة أو الموت وهو أى هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى أجل ينقضى وعند الشافعى هو كف المرأة نفسها عن افعال محظورة عليها وقد عرف فى موضعه قال (واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا)

بالصواب

(باب العدة)

(واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا

المقصود المشروع له النكاح حتى يتخيرن فى الفسخ بالجب وهذا تدافع أجيب بان الوطء له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذى شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة فلو كان مقصودا لم يجز نكاح هؤلاء كما لم يجز استئجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيما اذا كانت به لانها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره وعلى ما قررناه لا حاجة الى ذلك بل هو مطرد لا يختلف والله تعالى أعلم

(باب العدة)

لما ترتبت العدة فى الوجود على فرقة النكاح شرعا أوردها عقيب وجوه الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان وأحكام العنين وهى فى اللغة الاحصاء عددت الشئ عدة أحصيته احصاء وتقال أيضا على المعدود وفى الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتاكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغى أن يزاد وشبهته بالجر عطفا على النكاح والتربص الانتظار أى انتظار انقضاء المدة بالتزوج فحقيقته ترك لزم شرعا للتزوج والزينة فى مدة معينة شرعا ولا شك ان سببها النكاح أو شبهته وزوال ذلك شرط فالاضافة فى قولنا عدة طلاق الى الشرط ولم يخص الزوال بالنكاح فعم الشبهة قالوا وركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعى الكف عنها وينبنى على ذلك ان العدتين اذا وجبتا من رجلين تتداخلان وتنقضيان بعدة واحدة عندنا وعنده لا وعلى هذا ينبغى أن يقال فى التعريف هى لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لانها لزومات والا فالتربص فعلها والحرمات أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلا وعلى هذا فما قيل فى حكمها انه حرمة نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لا يصح لان الحرمات التى تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزوجه باختها الا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك انه معنى كونه هو أيضا فى العدة لان معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج الى مضى المدة وهو كذلك فهو فى العدة أيضا غير ان اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لا بتربصه ولزم مما ذكر أن لا يقال فى حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه (قوله اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا) وليس رجعيا

الى حقها بمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا أو عنينا ولكنا نقول بهذه العيوب لا ينسد عليها باب استيفاء المقصود وانما تقل رغبتها فيه وتتأذى بالصحبة والعشرة معه وذلك غير مثبت لها الخيار كما لو وجدته سيئ الخلق أو مقطوع اليدين والرجلين بخلاف الجب والعنة وكذلك ان اشترط أحدهما على صاحبه السلامة من العمى والشلل والزمانة فوجده بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار وكذلك لو شرط أحدهما لصاحبه صفة الجمال أو البكارة فوجدها بخلاف ذلك لا يثبت لها الخيار لان فوت زيادة مشروطة بمنزلة العيب فى اثبات الخيار كما فى البيع وبهذا تبين انه لا معتبر بتمام الرضا فى باب النكاح فانه لو تزوجها بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء لها شق مائل وعقل زائل ولعاب سائل فانه لا يثبت له الخيار وقد انعدم الرضا بهذه الصفة وانما يثبت فى الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطء وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله أعلم بالصواب

(باب العدة)

هو التربص الذى يلزم المرأة بزوال النكاح أو شبهته (قوله قال واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا)

هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيما اذا كانت لانها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره اه وقال الشيخ أكمل الدين هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء وليس ذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة اه ونحن نقول فيه بحث لان المصنف صرح فى أول الباب ان الحق ثابت لها فى الوطء

(باب العدة)

(قوله عند زوال ملك المتعة) أقول أو شبهته (قوله وهو أى هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة) أقول أليس وقوع الفرقة هو نفس زوال ملك المتعة وهل زال ملك المتعة فى الطلاق الرجعى ولك أن تقول نعم زال بطريق التبين وقد سبق فى باب الرجعة قبيل فصل ما تحل به المطلقة (قوله وركنها حرمات ثابتة الخ) أقول اى حرمة الازدواج والخروج كما سيجىء فى هذا الباب من ذلك الكتاب فيكون التعريف بالتربص تعريفا باللازم

أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهى حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء) لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهى فى معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وقال

فى بعض النسخ وشمل طلاق الخلع واللعان خلافا لمن قال عدة المختلعة حيضة واحدة قيل هو بناء على انها فسخ والحق انه ابتداء لما تقدم فى باب الخلع من المنقول اذ لا يعقل كون الفسخ مؤثرا فى نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة اقراء فى الفسخ بخيار البلوغ وغيره وخلافا لابن عباس فى قوله عدة الملاعنة تسعة أشهر (قوله وهى حرة ممن تحيض) يعنى ممن تحقق حيضها ولم تبلغ الاياس سواء كانت تحيض أولا حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الاياس فتعتد بالاشهر بخلاف مالو لم تر شيأ أو رأت أقل من ثلاثة أيام فانها تعتد بالاشهر (قوله أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الآخر والردة فى بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة (قوله فعدتها ثلاثة اقراء) مقتضى ماذكر من ركن العدة كون عدتها فى مدة ثلاثة اقراء لان الحرمات تتعلق فى مدة الاقراء فكان الاصل ان ينتصب لانه ظرف زمان معرب واقع خبرا عن اسم معنى نحو السفر غدا لكنه اعتبر فيه الاطلاق المجازى أعنى اطلاق العدة على نفس المدة ثم لا يخفى ان سبب العدة ماخوذ منه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كماذكرنا وانما تركه المصنف لشهرة ان الطلاق قبل الدخول لا تجب فيه العدة قال الله تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها (قوله والفرقة اذا كانت الخ) لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق فى حكم العدة والدليل السمعى لا يتناول الا الطلاق ألحقه بالجامع وهو أن وجوبها فى محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال فى معنى الطلاق يعنى يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح الى أن تحيض عند الطلاق بعد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفى أن تجب لغيره أيضا وقد أفاد المصنف فيما سيأتى انها أيضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه فقد يجتمعان كما فى مواضع وجوب الاقراء وقد ينفرد الثانى كما فى صور الاشهر بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يؤسف عليه اذ لا الف ولا مودة فيه (قوله والاقراء الحيض عندنا وقال

ولم يذكر قوله رجعيا فى بعض النسخ ولابد من ذكره ولم يذكر الدخول مع ان عدة الطلاق لا تجب الا بعد الدخول أو الخلوة بناء على ان الاصل فى النكاح هو الدخول ولان وجوب العدة من الفرقة فى حال الحياة انما كان بعد الدخول لا قبله وهو ظاهر فاستغنى بظهوره عن ذكره (قوله أو وقعت الفرقة بينهما بغير الطلاق) وهى مثل الفرقة بخيار العتاقة وعدم الكفاءة وخيار البلوغ وملك أحد الزوجين صاحبه والفرقة فى النكاح الفاسد (قوله لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) أراد المدخول بهن من ذوات الاقراء وهو خبر فى معنى الامر أى وليتربصن المطلقات واخراج الامر فى صورة الخبر تأكيد الامر واشعار بانه مما يجب أن يتلقى بالمسارعة الى امتثاله وذكر الانفس تهييج لهن على التربص وزيادة بعث لان نفسهن طوامح الى الرجال فامرن أن يقمعن أنفسهن ويجبرنها على التربص كذا فى الكشاف قيل النص يتناول المطلقة ثلاثا فما دونها وقيل أراد به مادون الثلاث بدلالة قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن فعلى الوجه الاول التمسك ظاهر فى الطلاق البائن وعلى الوجه الثانى نقول لما وجبت العدة لتعرف براءة الرحم ولقضاء حق النكاح فيما اذا انعقد سبب الزوال ولم يتحقق الزوال لان يثبت فى موضع يتحقق الزوال أولى وهذا لان حق النكاح أن يستدام ولا يزال والعدة تمنع الزوال فكانت الاستدامة بعد سبب الزوال قضاء لحقه وبيانا لخطره (قوله وهذا يتحقق فيها) أى التعرف عن براءة الرحم يتحقق فى الفرقة بغير طلاق (قوله والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعى رحمه الله الاطهار) وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا

ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغنى عنه اذ الرجعة لا تكون الا فى المدخول بها (أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والفرقة فى النكاح الفاسد (وهى حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) وهو فى عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته وأما الفرقة بغير طلاق فهى فى معناه (لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارئة على النكاح وهذا) أى التعرف عن براءة الرحم (يتحقق فيها) أى فى الفرقة بغير طلاق (والاقراء الحيض عندنا وقال

(قوله ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغنى عنه) أقول المتبادر فى أمثاله هو التوزيع فلا يغنى ماذكره عنه مع ان قوله أو رجعيا غير موجود فى اكثر النسخ (قوله واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة) أقول غير مطابق للمشروح

الشافعى الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض أولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع فى طهر لم يبق جمعا أو لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عليه الصلاة والسلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به

الشافعى الاطهار) وقول الشافعى قول مالك ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وأبى بن كعب ومعاذ بن جبل وأبى الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وأبى موسى الاشعرى وزاد أبو داود والنسائى معبدا الجهنى وماذكرناه انه قول العبادلة بناء على أنه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل وممن رواه عنه الطحاوى وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة وأسند الطحاوى الى قبيصة بن ذؤيب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فعارض روايتهم عن زيد أيضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسنان ابن حى والبصرى ومقاتل وشريك القاضى والثورى والاوزاعى وابن شبرمة وربيعة والسدى وأبو عبيد واسحق واليه رجع أحمد وقال محمد بن الحسن فى موطئه حدثنا عيسى بن أبى عيسى الخياط المدنى عن الشعبى عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم قال الرجل أحق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق انما يصح منهم اذا كانت الحيض لا الطهر الا اذا كان طلقها فى الحيض فاما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع فى الحيضة الثالثة والطلاق فى الطهر هو المعروف عندهم فعليه ينبنى قولهم (قوله اذ هو من الاضداد) استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة اهل الاصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد فى الضد وقد وضع بعض أهل العقول من معرفات الاشتراك كون المفهومين متضادين واما على طريقة أهل الادب فيجوز لغرض تمليح أو تهكم كما يقال للجبان اسد او تفاؤل كالبصير على الاعمى الا انها بمعزل من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها واما فى خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى انه لم يعمم انما الخلاف فى تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة الى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كفعل المصنف وهو محل النزاع ولو استدل عليه بتضاد المفهومين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان احسن لا يقال استدلاله على انه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة فى متعدد اشتراكه لفظا لجواز التواطئ والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كماذكرت للتضاد لانا نقول انما وافق من جعل تعميم المشترك على منع تعميمه انه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز أن يراد كل من الحيض والطهر فتعتد بمضى ثلاثة اطهار وثلاث حيض انما يمتنع اذا أريد تحقيقهما فى زمن أحدهما (قوله والحمل على الحيض أولى) ادعى الحقيقة فى محل الخلاف واقتصر على دليل نفيه كانه لعدم دليل معتمد لهم وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذى يجمع على قروء وأما بمعنى الحيض فانما يجمع على اقراء دعوى لا دليل عليها وكونه وقع فى شعر الاعشى كذلك حيث قال

طلق امرأته فى طهر لم يجامعها فيه لا تنقضى العدة مالم تطهر من الحيضة الثالثة وعنده كما شرعت فى الحيضة الثالثة انقضت عدتها واحتج بان الطلاق معقب للعدة فيجب أن يكون الزمان الذى يعقب الطلاق محسوبا من العدة (قوله اذ هو من الاضداد) دليل على انه حقيقة فيهما فكان فيه قطع وهم انه مجاز فى أحدهما لان الطريق فى المجاز المناسبة وبين الطهر والحيض مضادة فهو كالصريم يطلق على الليل والنهار (قوله اما عملا بلفظة الجمع) وهو القروء والجمع الصحيح هو الثلاثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لان الطلاق يوقع فى طهر وهو سنة ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرأين وبعض الثالث فلم يكن ثلاثا كوامل وهذا مستقيم فى جمع غير مقرون بالعدد كقوله تعالى الحج أشهر معلومات فاما فى جمع مقرون بالعدد فلابد من الكمال لان الثلاثة اسم خاص لعدد معلوم لا يحتمل غيره (قوله أو لقوله عليه الصلاة والسلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فيلتحق بيانا به) أى هذا

الشافعى الاطهار واللفظ حقيقة فيهما) فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد (كذا قاله ابن السكيت ولا يمكن أن يتناولهما جملة للاشتراك) فان اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين أو حقيقة ومجازا على ما عرف فى الاصول ولا يبعد فى أن يكون تعرض المصنف لكونه من الاضداد اشارة الى نفى قول من يقول انه مجاز فى أحدهما لانه لابد للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيها وهذا ايضا مما عرف فى الاصول فلابد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض أولى لمعان أحدها العمل بلفظ الجمع يعنى القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه ان أقل الجمع ثلاثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق يوقع فى طهر وهو السنة ثم هو محسوب عن الاقراء

أفى كل عام أنت جاشم غزوة * تشد لاقصاها عزيم عزائكا
مورثة مالا وفى الحى رفعة * لما ضاع فيها من قروء نسائكا

أى من اطهارهن لشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم دعى الصلاة أيام اقرائك لا يوجبه فقد روى أبو داود والنسائى قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبى حبيش ثم انظرى فاذا أتاك قرؤك فلا تصلى فاذا مر قرؤك فتطهرى وصلى وقال الراجز

يارب ذى ضغن وضب فارض * له قروء كقروء الحائض

يريد كحيض الحائض فان المعنى ان عداوته تجتمع فتهيج كدم الحائض على أنه قد قيل فى بيت الاعشى ان المراد نفس الزمان أى زمان الطهر فان القرء يقال للزمان لغة كثيرا واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء يعنى بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح لانه بناء على أن اللام فيه بمعنى فى وهو غير معهود فى الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق أو مقارنته له لاقتضائه وقوعه فى وقت العدة وقراءة لقبل عدتهن فى صحيح مسلم تنفيه اذ أفادت ان اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال فى التاريخ باجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه ويؤيده ما قال الطحاوى أن النبى صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب ابن عمر أن الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا بناء على ما بيناه عنه من خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا وتمسكهم بتأنيث العدد فى قوله تعالى ثلاثة قروء وهو يقتضى تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض فلو أريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشئ لان الشئ اذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تأنيث حقيقى يؤنث عدده اذا أضيف الى اللفظ المذكر ويذكر اذا أضيف الى المؤنث وفى العربية اذا كان المعدود مؤنثا واللفظ مذكرا أو بالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومؤنثا وهو الحيض فحين أضيف الى المذكر أنث وكذا على الاصل الآخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فيؤنث عدده ثم ذكر المصنف ثلاثة أوجه الاول قوله عملا بلفظ الجمع أى العدد فانه جمع معنى لا صيغة أو يريد الجمع الصيغى المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكميته أعنى لفظ قروء المقيدة بثلاثة فانه منقطع عنها احتمال أن يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع فكيف بالكمية التى ليست حقيقة الجمع وهى اللازمة من حمله على الاطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث اذا وقع فى الطهر والالزم احداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال تحتسب بالطهر الذى وقع فيه الطلاق وهو نقص عن التقدير القطعى الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق فى الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقة اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقته أصلا لا يقال قد أريد بالعدد غير كميته المفادة به فى قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول لم يرد بالعدد

الحديث يلتحق بيانا لمجمل الكتاب حيث قال وعدتها حيضتان ولم يقل طهران ولا خلاف أن عدة الامة نصف عدة الحرة لان أثر الرق فى التنصيف لا فى أصل العدة ومما يدل على صحة ما ذهبنا اليه قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر فاقام الاشهر مقام الحيض دون الاطهار والنقل الى البدل انما يكون عند عدم الاصل كقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا فهو تنصيص على أن المراد بالقرء الحيض فان قيل الاصل الاطهار هى قروء ولا وجود لها الا بالمحيض فان الطهر قبل الحيض لا يسمى قرأ ولا انعدام لهذا القرء الا بانعدام الحيض فصار قوله يئسن من المحيض مجازا عن قوله يئسن من الاطهار التى هى قروء فلذلك استقام الابدال قلنا ان الكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه ودل عليه ان الله تعالى بدأ فقال والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ثم نقل الى البدل فيمن عدمت القرء ولو كان المراد ماذكره كان

(وان)

عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرأين وبعض الثالث ولفظ الثلاثة فى قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا ايضا مما عرف فى الاصول وقد قررناه فى الانوار والتقرير بخلاف مالو أريد بالقروء الحيض فانه يكمل ثلاثا والثانى ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل أو حائل وهو أى التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر فى التنصيف لا فى النقل من الطهر الى الحيض فيلحق بيانا به

(قوله عند من يقول بالاطهار) أقول يعنى عند الشافعى (قوله ولفظ الثلاثة فى قوله مع ثلاثة قروء الخ) أقول فيه بحث فان التعرض للفظ الثلاثة يوجب لغوية قوله العمل بلفظ الجمع الى هنا فالاولى أن يفسر لفظ الجمع فى كلام المصنف بالثلاثة فانه جمع معنى وان لم يكن صيغة والا فالجمع يطلق على فردين وبعض كما فى قوله تعالى

(وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر) لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم الآية (وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض) بآخر الآية

عددا آخر مباينا له بل مجرد التكثير وأين هذا من أن يراد بسبعين مثلا ثمانون أو مائة الثانى قوله ولانه أى الحيض هو المعرف بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذى يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل اذ لو انسد به لم تحض عادة ولذا نص عليه الصلاة والسلام أن مفيد البراءة الحيض حيث قال فى السبايا حتى يستبرئن بحيضة ولم يقل بطهر الثالث هو قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم فى باب الطلاق تخريجه وأسند الشافعى حدثنا سفيان بن عيينة عن محمد ابن عبد الرحمن مولى أبى طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر رضى الله عنه قال ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين فان لم تكن تحيض فشهرين أو شهرا ونصفا وكذا رواه الدارقطنى والاجماع على انها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل فى الكمية فيلتحق قوله تعالى ثلاثة قروء للاجمال الكائن بالاشتراك بيانا له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة أشهر اذ لا شك فى أن الاعتداد بالاقراء أصل والاشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه وتعالى المصير اليه بعدم الحيض دل ان الحيض هو المراد بالاقراء فى الآية وكونه ينعدم الطهر بعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو لعدم الطهر احتمال يقابله الظهور اذ الظاهر تعليق المصير الى الخلف بعدم عين ما شرع أصلا لا بعدم شئ آخر يستلزمه فكان الاصل أن يقال واللائى يئسن من القروء فلما جاء قوله تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم انه لافادة انه هو *(فرع)* تنقضى عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بان وطئها وهى معتدة عالما بحرمتها بخلاف ما لو ادعى الشبهة أو كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة واذا كان منكرا حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها فى هذه العدة لا يقع ويحل له نكاح أختها (قوله وان كانت لا تحيض) لصغر بان لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه وأقله تسع على المختار أو كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا قد علمنا عدة التى تحيض فالتى لا تحيض لا ندرى ما عدتها فانزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم فى عدة التى لم تحض فلم تعلموها فانها ثلاثة أشهر وقيل ان ارتبتم فى الدم الذى تراه من بلغت سن الاياس أهو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر ثم قال المصنف وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعنى قوله تعالى واللائى لم يحضن يعنى التى لم تبلغ بالحيض بل بالسن بان بلغت خمس عشرة سنة على قولهما وسبع عشرة سنة على قول أبى حنيفة ومالك ولم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر أيضا ثم ان وقع الطلاق فى أول الشهر اعتدت باشهر هلالية اتفاقا وان وقع فى أثناء الشهر اعتبر كلها بالايام فلا تنقضى الا بتسعين يوما عند أبى حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان بالاهلة والله أعلم ثم لا يخفى ما فى كلام المصنف من عدم التحرير فانه جمع بين التى لا تحيض لصغر أو كبر فى الاعتداد بثلاثة أشهر واستدل على ذلك بقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية ثم خص التى بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال وكذلك التى بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى ان آخرها أعنى قوله تعالى واللائى لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر للتى لم تحض لصغر كما انه المفيد للاعتداد بها فى التى بلغت بالسن والحاصل ان من كان طهرها أصليا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن

من حق الكلام أن يقال واللائى عدمن القرء ليكون النقل بعدم عين ما شرع أصلا فلما جاء بعبارة أخرى علم انها لم تكن الا لفائدة زائدة وليس ذلك الا ما قلنا (قوله وكذا التى بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية وهو قوله تعالى واللائى لم يحضن) أى والصغائر اللائى لم يبلغن واللائى بلغن بغير الحيض كذلك يعتدون

أى فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا (وان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر) لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن (وكذا التى بلغت بالسن) أى خمس عشرة سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى واللائى لم يحضن عطف اللائى لم يحضن على اللائى يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفى هذا دلالة ظاهرة على أن الاصل فى العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم الحيض كما فى قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا

الحج أشهر معلومات قال المصنف (لقوله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية) أقول لا يخفى عليك ان المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر للتى لم تحض لصغر هو آخر الآية لا ما ذكره فليتأمل

(وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن (وان كانت أمة فعدتها حيضتان) لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف

ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة أشهر أو هي مراهقة أولم تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع أو سبع والاول أصح وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر و ينبغي على هذا أن تحتسب بالاشهر التي وقفت ليظهر حبلها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحبل ان تلك الاشهر كانت هي العدة وغاية الامر انها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في أثناء الاشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض هذا وممن ذكر انها تعتد بالاشهر المستحاضة التي نسيت عادتها وهو مما يلغز فيقال مطلقة شابة ترى ما يصلح حيضا في كل شهر وعدتها بالاشهر لكن في التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن لما نسيت عادتها جاز كونها أول كل شهر أو آخره فاذا قدرت بثلاثة أشهر علم انها حاضت ثلاث حيض بيقين بخلاف التي لم تنس فانها ترد الى أيام عادتها لجواز كون عادتها أول الشهر فتخرج من العدة في خمسة أو ستة من الثالث واعلم ان اطلاقهم في الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح الا فيما اذا طلقها أول الشهر أما لو طلقها بعد ما مضى من الشهر قدر ما يصح حيضة ينبغي أن يعتبر ثلاثة أشهر غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي ضلت عادتها ثلاثة أشهر ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بان لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى ان القائل الاول قوله مبني على أنه يراها الحرمات أو التربص الواجب فان قلت وعلى تقدير كونها مضي المدة أليس أن فيها يجب أن لا تتزوج فلابد أن يتعلق خطاب نهي التزوج بالولي فعلها المدة كما قال شمس الائمة لا يستلزم انتفاء قول الاول يخاطب الولي بان لا يزوجها فالجواب لا يلزم فانا اذا قلنا بانها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل (قوله وان كانت حاملا) يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وان كانت أمة أو أطلق فيتناول الحمل الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه وسنبين ذلك في مسئلة الصغير وفي المنتقى اذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة والبدن من المنكبين الى الاليتين وفي الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها زوجها اذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور (قوله وان كانت) أي المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المحرمات وغيره والحيضة لا تتجزأ فكملت وثبوت الزيادة لضرورة التكميل واجب لان فيه تحقيق الواجب على ما تقدم

ثلاثة أشهر كذا في التيسير (قوله وان كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان) فان قيل النص الوارد في المطلقات عام وتخصيص العام ابتداء لا يجوز بخبر الواحد والقياس ولهذا قال أبو بكر الاصم عدتها ثلاثة أقراء قلنا هذا حديث تلقته الامة بالقبول فدخل في حد المشاهير على ان الآية واردة في الحرائر لقوله تعالى مما آتيتموهن حتى تنكح زوجا غيره فيما افتدت به أو نقول خص من قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء غير المدخول بها ولم يدخل في الآية الصغيرة والآيسة والحامل فيخص موضع النزاع؟ ولان العدة نعمة في حقهن لما فيه من تعظيم ملك النكاح وللرق أثر في تنصيف النعم لان استحقاقها بوصف الآدمية وقد أثر الرق في نقصانها فلابد أن يؤثر ذلك في

والحيضة

(وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقوله (وان كانت أمة) ظاهر

وقوله (وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج واستدل عليه بما روى ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم كانت احداكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها في بيتها حولا ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهي الحول والقصرى وهي أربعة أشهر وعشر وان الاولى هي العدة الكاملة وان الثانية رخصة (وعدة الامة شهران وخمسة أيام) لما عرف غير مرة أن الرق منصف (وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وكان علي يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل واما باربعة أشهر وعشر أيهما كان أبعد لان قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن الآية يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يتربصن بانفسهن يوجب الاعتداد باربعة أشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا (وقلنا قال عبد الله ابن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعني سورة يا أيها النبي اذا طلقتم النساء الى آخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة) يريد أن قوله تعالى وأولات الاحمال متأخر عن قوله يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال (وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج)

والحيضة لا تتجزأ فكملت فصارت حيضتين واليه أشار عمر بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا (وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف) لانه متجزئ فامكن تنصيفه عملا بالرق (وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر) لقوله تعالى ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا (وعدة الامة شهران وخمسة أيام) لان الرق منصف (وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج

آنفا (قوله واليه اشار عمر) أي الى ان تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت الى آخره أخرج عبد الرزاق حدثنا ابن جريج عن عمرو بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول أخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول لو استطعت ان أجعلها حيضة ونصفا فعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار بباقي سند عبد الرزاق ويشبه أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات لقوله لانه كان يتكلم في ذات الاقراء والعدة بالاشهر لا تكون الا لمن أيس منها فشورة الرجل في غير محل الحكم المذكور وأما اذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لانه متجزئ فامكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة وأم الولد في الطلاق والفسخ كالامة (قوله وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) سواء كانت مدخولا بها أولا مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو آيسة وزوجها عبد أو حر حاضت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حبلها وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام ورخصة الاربعة الاشهر والعشرة الايام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لازواجهم الآية والجمهور على نسخها بآية الاشهر أعني ما كان من وجوب الايصاء والايقاف الى الحول وقال الاوزاعي أربعة أشهر وعشر ليال فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز أخذا من تذكير العدد أعني العشر في الكتاب والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوج أربعة أشهر وعشرا فيجب كون المعدود الليالي والا لانثه قلنا الاستعمال في مثله من ذكر عدة الليالي يدخل ما بازائها من الايام على ما عرف بالتاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال لسبع خلون مثلا ويراد كون عدة الايام كذلك وان كانت أمة فشهران وخمسة أيام على وزان ما تقدم ثم ابتداء المدة من وقت الموت وعن علي رضي الله عنه من وقت علمها حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشر انقضت عدتها بذلك عند الجمهور وعنده رضي الله عنه لا تنقضي العدة حتى تمر عليها من حين علمت لان عليها الاحداد ولا يمكنها اقامته الا بالعلم قلنا قصاراه أن تكون كالعالمة ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا من العدة على ان المقصود الاصلي منها عدم التزوج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سنذكر ووجوبها على الكتابية تحت المسلم يؤيده (قوله وان كانت) أي المتوفى عنها حاملا فعدتها أن تضع حرة كانت

نقصان النعمة الا ان الحيضة لا تتجزأ ولا تتنصف لانها تختلف في أنفسها بين أن تكون ثلاثة أو أربعة الى عشرة والاكثر من الايام وان كان متيقنا غير أن وقتها مشكوك فيه فتعذر التنصيف فقلنا بالتكميل (قوله وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر) سواء كانت صغيرة أو كبيرة كافرة أو مسلمة موطوءة أو غير موطوءة وان كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها وكان علي رضي الله عنه يقول تعتد المتوفى عنها زوجها بابعد الاجلين اما بوضع الحمل أو باربعة أشهر وعشر لتعارض النصين وهو قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا فدخلت الحامل في عموم قوله تعالى أزواجا وقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن فيجمع بينهما احتياطا لجهالة التاريخ وعامة الصحابة

(واذا ورثت المطلقة فى المرض فعدتها أبعد الاجلين) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع

أوأمة كالمطلقة والمتاركة فى النكاح الفاسد والوطء بشبهة اذا كانت حاملا كذلك لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن وكان على رضى الله عنه يقول لابد من الوضع والاربعة أشهر وعشر وهو قول ابن عباس لان هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا يوجبها عليها فجمع احتياطا وفى موطأ مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا فى المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال أبو سلمة اذا وضعت ما فى بطنها فقد حلت وقال ابن عباس آخر الاجلين فقال أبو هريرة رضى الله عنه أنا مع ابن أخى يعنى أبا سلمة فارسلوا كريبا مولى ابن عباس الى أم سلمة زوج النبى صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فاخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه فقال قد حللت فانكحى من شئت وفى الترمذى انها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوما وأخرج البخارى عن ابن مسعود قال أتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة لنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى يا أيها النبى اذا طلقتم النساء والطولى البقرة والمباهلة الملاعنة كانوا اذا اختلفوا فى شئ اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الظالم منا وقيل هى مشروعة فى زماننا وقد ورد بلفظ الملاعنة أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه بلفظ من شاء لاعنته لانزلت سورة النساء القصرى بعد الاربعة أشهر وعشر وأخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل فى مسند أبيه عن أبى بن كعب رضى الله عنه قلت للنبى صلى الله عليه وسلم وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن المطلقة ثلاثا أو المتوفى عنها زوجها فقال هى المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها وفيه المثنى بن صباح وهو متروك وقول عمر رواه فى الموطأ عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التى توفى عنها زوجها وهى حامل فقال اذا وضعت حملها فقد حلت فاخبره رجل من الانصار ان عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد حلت وفيه رجل مجهول وفى الصحيحين حديث عمر بن عبد الله بن الارقم انه دخل على سبيعة بنت الحرث الاسلمية فسالها عن حديثها فاخبرته انها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بنى عامر بن لؤى وكان ممن شهد بدرا فتوفى عنها فى حجة الوداع وهى حامل فلم تنشب أن وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك رجل من بنى عبد الدار فقال مالى أراك متجملة لعلك ترجين النكاح وانه ما أنت بناكحة حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر قالت فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أمسيت فاتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسالته عن ذلك فافتانى انى قد حللت حين وضعت حملى وأمرنى بالتزوج ان بدالى وكما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضى العدة الا بوضع الكل فلو وضعت ولدا وفى بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها أفتانى أنى قد حللت حين وضعت يرد قول من قال من السلف لا تحل حتى تنقضى مدة نفاسها كانهم أخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحى من شئت رتب الاحلال على التعلى فيتراءى توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ماذكرنا صريح فى ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الاشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ويلحق بالميت (قوله واذا ورثت المطلقة فى المرض) يتعلق بالمطلقة أى ورثت التى طلقت فى المرض بان طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا ومات وهى فى العدة (فعدتها أبعد الاجلين) أى الابعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها وان مضت أربعة أشهر وعشر ولم تحض لها ثلاث حيض بان امتد

قال (واذا ورثت المطلقة فى المرض فعدتها أبعد الاجلين) عدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان بائنا أو ثلاثا أبعد الاجلين أن تعتد أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشرا ولم تحض كانت فى العدة مالم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر لا تنقضى عدتها حتى تتم المدة (عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ثلاث حيض واما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع

رضى الله عنهم على ان عدتها بوضع الحمل لان قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن نزلت بعد قوله تعالى والذين يتوفون منكم الآية فصارت ناسخة لذلك اذ العام المتأخر ينسخ الخاص المتقدم

لابى يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق) لان الكلام فى الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقى فى حق الارث أجاب بقوله الا أنه بقى فى حق الارث يعنى بالدليل الدال على توريثها (لا فى حق تغيير العدة بخلاف (١٤٣) الطلاق الرجعى لان النكاح باق من كل وجه)

لابى يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلاث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح فى الوفاة الا انه بقى فى حق الارث لا فى حق تغير العدة بخلاف الرجعى لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقى فى حق الارث يجعل باقيا فى حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت الموت فى حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر

طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضى وان مكثت سنين مالم تدخل سن الاياس فتعتد بالاشهر اذا عرفت هذا فمن فسر أبعد الاجلين بانها تعتد باربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر اذ لا يصدق الا اذا كانت الاربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض وحقيقة الحال انه لابد من أن تتربص آخر الاجلين وهذا الحكم ثابت فى صور واحدها هذه والثانية اذا قال لزوجتيه أو زوجاته احداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بابعد الاجلين ولو بين فى احداهما كان ابتداء العدة من وقت البيان والثالثة أم الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعدا وسنفصلها ان شاء الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق الطلاق البائن واحدة أو ثلاثا أما اذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها فى مرضه أو فى صحته ودخلت فى عدة الطلاق ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفاة وترث بخلاف ما اذا طلقها بائنا فى صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث بالاتفاق (قوله لابى يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلاث حيض حكما له وانما تلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت وليس فليس وانما بقى فى حق الارث) لاجماع الصحابة ورد القصد السيء عليه وهذا لا يستلزم الحكم ببقائه فى حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف الرجعى لان النكاح قائم من كل وجه وانما انقطع بالموت فتجب عدة الوفاة فيه (قوله فيجمع بينهما) أى بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لانه انقطع بالوفاة حقيقة وبالموت حكما أما الاول فبفرض المسئلة انه أبانها قبل الموت وباعتباره يجب عدة الطلاق وأما الثانى فباعتبار قيام النكاح عند الموت فان توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة فتجب عدة الوفاة لكن بقى قول أبى يوسف ان اعتباره قائما لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم أن يبقى فى حق العدة وجوابه ان الارث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقى النكاح شرعا فى حق الارث فلان يبقى فى حق العدة أولى مع ان الاصل ان الشئ انما يثبت بلازمه وهذا هو معنى قول المصنف احتياطا (قوله ولو قتل على ردته

وقال ابن مسعود رضى الله عنه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يا ايها النبى اذا طلقتم النساء نزلت بعد التى فى سورة البقرة أى والذين يتوفون منكم والمباهلة الملاعنة مفاعلة من البهلة وهى اللعنة وكانوا اذا اختلفوا فى شئ اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الكاذب منا ومنكم (قوله الا انه بقى فى حق الارث لا فى حق تغيير العدة) فانما بقى فى حق الارث بحكم الفرار لا باعتبار بقاء الزوجية ولذا لا يلزمها عدة الوفاة ألا ترى ان المرتد اذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة لان زوال النكاح بردته لا لموته ولهما انها مطلقة حقيقة متوفى عنها زوجها حكما فيجب اعتبارها وهذا لانا انما ورثناها باعتبار قيام النكاح بينهما حكما الى وقت الموت اذ لابد من قيام سبب الارث عند الموت لتستحق الارث فاذا بقى النكاح فى حق الارث حكما مع انه لا يثبت بالشك فلان يبقى فى حكم العدة وهى تثبت بالشك أولى (قوله ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف) وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح لم يعتبر ثمة باقيا الى وقت الموت

لما تقدم (ولهما أنه لما بقى فى حق الارث يجعل باقيا فى حق العدة) وبيان الملازمة بقوله (احتياطا) بيانه أنا انما أعطيناها الميراث باعتبار أن النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت أو باعتبار اقامة العدة مقام أصل النكاح حكما اذ لابد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فاذا جعل النكاح فى حكم الميراث كالمنتهى بالموت حكما ففى حكم العدة أولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فالزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله (ولو قتل على ردته) جواب عما استدل به أبو يوسف فقال ألا ترى ان المرتد اذا مات أو قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك أيضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد بابعد الاجلين فلا ينتهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك ما ذكره فى الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت فى حق الارث لانها عنده مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق

(قوله أو باعتبار اقامة العدة الخ) أقول فيه تامل فانها لا تنتهى بالموت وانها موجودة فى طلاق الصحيح اذا مات قبل انقضاء العدة (قوله لانها عنده مسلمة) أقول ضمير عنده راجع الى الموت

الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت المـوت حكما وقوله (فاذا عتقت الامـة فى عدتها) ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغى أن لا تتحول العدة فى الرجعى أيضا لانها عنـد الزوال أمـة ولهذا تعتد من وقت الطلاق وأجيب بانها انما تحـولت لان سـببها وهو الزوال متردد فكانت مـترددة لتردد سـببها فتغيرت ولهـذا تحولت بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سـببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق قوله (وان كانت آيسة) ظاهر وقـوله (واذا رأت عـلى العادة) يعنى ان رأت دما سائلا وكان محمد بن ابراهيم الميدانى يقول اذا رأت دما سائـلا كما كانت تراه فى زمان حيضها فهو حيض وان رأت بلة يسيرة لم تكن حيضا بل ذلك من نتن الرحم فكان فاسـدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله (لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح) قيد بالصحيح احترازا عـن قول محمد بن مقاتل الرازى فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسـها فاما اذا

(فاذا عتقت الامة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها الى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجـه (وان أعتقت وهى مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها) الى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت (وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا

الخ) جواب عـن مقيس عليـه مقدر لابى يوسـف وهو انه لو ارتد زوج المسلمة فمات أو قتل على ردته ترث زوجتـه المسلمة وليس عليها عـدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا هنا زواله بالطـلاق لا بالموت فلا تجب عـدة الموت فاجاب بمنع حكم الاصـل أولا فقال لا نسلم انه لا يلزمها عـدة الوفاة بل تلزمها اليـه أشار الكرخى وما ذكرت من مذهبـك فهو عـلى الخـلاف فيـلزمها الجمع بين المدة والحيض فـلا يصح به الالزام ولئن سـلمنا ان لزوم الحيض اتفاقى فالفـرق أن تورثها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتـبر النكاح شرعا قائما الى الموت لانه لو اعتـبر كذلك لم ترث اذ لا يرث المسـلم الكافر فيلزم العـلم باعتبار استناد الارث الى وقت حـدوث الردة اعتبار الردة موتا حكما وقـد تحقق هـذا الموت وهما مسـلمان غير أنه زال به اسـلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة (قوله فاذا عتقت الامة فى عدتها من طلاق رجعى انتقلت عدتها الى عدة الحرائر فتـكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه) أى بعد الطلاق الرجعى فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها والعدة فى الملك الـكامل مقدرة شرعا بعـدة الحرائر ثلاث حيض كذا فى الـكافى ووضع فى شرح الـكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال والطلاق فى الملك الـكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى أن الطلاق لم يحـدث فى الملك الـكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق اللهم الا أن يجعـل ابقاؤه الحـكمى حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت اجماعية لكن هى خلافية وبقولنا قال الشافعى فى الاظهر وأحمد واسحق والحسن والشعبى والضحاك وقال مالك وأبو ثور لا تـكمل عـدتها فى الرجعى والبائن وعن الزهرى وعطاء وقتادة تكمل فلا بد من اثبات اعتبار بقائه كابتدائه وجه قول مالك ان بمجرد الطلاق تم سبب عـدة الاماء وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح متأكد فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة فى كمية مخصوصة فالنكاح سبب للعدة عنـد الطلاق فقط لا بقيد كمية خاصة اذ لا يعقل تأثير النكاح فى خصوص كمية بل فى مطلق التربص تعرفا وتأسفا وتقدير الكمية لحكمة أخرى سنذكرها فى عدة النكاح الفاسد وحينئذ سلم الوجه المذكـور للانتقال عن المعارض وقد يوجه الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهى أربع صور أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت فى أثنائها انتقلت الى حيضتين فلو أعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى اربعة أشهر وعشر (قوله وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور) يمكن كون كان تامة يعنى اذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور (قوله ثم رأت الدم) بعد انقضاء الاشهر أو فى خلالها (انتقض ما مضى من عدتها) وظهر فساد نكاحها الكائن بعـد تلك العدة حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انقضت عدتها وفسد نكاحه صرح به ويندرج فى اطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليـل الذى ذكره فى الكتاب بقوله (لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا) وعلله بان شرط الخلفية أى خلفية الاعتداد بالاشهر

فى حق الارث لانه مسلمة عنـد الموت والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الارث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمتها العدة بالحيض ولا تلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الارث عند الموت لا عند الطلاق فعلم ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما (قوله ومعناه اذا رأت الدم عـلى العادة) لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظاهر انه لم يكن خلفا اذ شرط الخلفية تحقق اليأس وذا بالعجز الدائم الى الموت كالفدية فى

(قوله وأجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال الى قوله فلم تتحول العدة بالعتق) أقول لا يقال يرد هذا الجواب قول المصنف لقيام النكاح من كل وجه لان ذلك بالتبين اذا راجع وأما اذا لم يراجع فالمبطل لعمل عمله من وقت وجوده وقدم فى باب الرجعة وهذا

وهذا لان شرط الخلفية تحقق اليأس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية فى حق الشيخ الفانى

عن الحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية والاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالفدية فى حق الشيخ الفانى فاذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة الا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وهذا ليس بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه حينئذ ظاهر فى انه ذلك المعتاد وعود العادة يبطل الاياس ثم فسر بعضهم هذا بان تراه سائلا كثيرا جعله احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيدوه أيضا بان يكون أحمر أو أسود فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضا ومنهم من لم يتصرف فيـه فقال معناه اذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد انها اذا كانت عادتها قبل الاياس أصفر فرأته كذلك أو علقا فرأته كذلك كان حيضا مظهرا عدم انقضاء العدة بالاشهر ثم أطلق المصنف انتقاض العـدة والاستئناف فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الاياس بمدة أولا وذكر فى المحيط أن فى ذلك روايتين فى رواية لا تقدير فيه واياسها على هـذه أن تبلغ من السـن ما لا يحيض فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الاشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون المراد بمثلها فى الذكر المماثلة فى تركيب البدن والسمن والهزال وفى رواية يقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن وعليه أكثر المشايخ وفى المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره فى الروميات بخمس وخمسين سنة وفى غيرهن بستين وعنـه بسبعين وبه قال الصفار وقال أبو الليث لو حاضت ثم انقطع عنها الدم تصبر ستين سنة وتعتد ولو كانت عادة أمها وأخواتها انقطاعه قبـل الستين تأخذ بعادتهن وبعد الستين لا تأخذ بعادتهن وقال الا قطع فاذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا كالدم الذى تراه الصغيرة التى لا يحيض مثلها وهذه العبارة تفيد أنه لا يحتاج الى حكم القاضى بالاياس وكذا العبارة القائلة اذا بلغت المقـدر يعنى وانقطع حيضها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا انما يقتضى ان يكون عند بلوغ المقدر مع الانقطاع يحكم به شرعا وقيـل يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين اذا لم تر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص فاذا رأته فقـد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل كذا نقله بعضهم وهو يفيد كون الخلاف انما هو على رواية التقدير وأما على رواية عدمه فلا خلاف فى الانتقاض وفى الغاية معزيا الى الاسبيجابى على رواية عدم التقدير قالوا ولو اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين وفى بعض العبارات ما يفيد أن عدم الانتقاض اذا حكم القاضى بالاياس ويقيد الانتقاض بعدم حكمه به ففى الخلاصة نقل من نوادر الصلاة عن محمد فى العجوز الكبيرة اذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض ثم نقل قول ابن مقاتل انها محمولة على ما اذا لم يحكم باياسها أما اذا انقطع وحكم باياسها وهى ابنة سبعين سنة أو نحوه فرأت الدم لا يكون حيضا وقال بعـده بخطوط وطريق القضاء أن يدعى أحـد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضى القاضى بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان الصدر الشهيد يفتى بانها لو رأت بعد ذلك دما يكون حيضا ويفتى ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبـل تمام الاشهر وان كانت رأته بعد تمام الاعتداد بالاشهر لا تبطل الانكحة قضى القاضى بجواز النكاح أو لم يقض ثم ذكر الخـلاف صريحا مبنيا على ما قلناه من مجموع النوازل أن الآيسة اذا اعتـدت بالشـهور وتزوجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ رحمهم الله الا اذا قضى القاضى بجواز النكاح ثم رأت الدم لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح أن النكاح يكون جائزا ولا يشترط القضاء وفى المستقبـل العدة بالحيض انتهى فتحصل فى المسئلة أقوال على التقدير وعدمه وهى تنتقض اذا رأته قبل انقضاء الاشهر

حق الشيخ الفانى فانه خلف عن الصوم بشرط استمرار العجز مدة العمر وقال صاحب المحيط لا تقدير فى حد الاياس بالسن فى رواية وأياسها على هذه الرواية أن يبلغ من السن مبلغا لا تحيض مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ

انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة تسعين سنة أو نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضا

(ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور)

و بعدها فى الماضى والمستقبل قدر أقل مدة الاياس أولا حكم بالاياس أولا وهو ظاهر مختار المصنف من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا تنتقض كذلك اذا رأته قبل تمام الاشهر وان كان بعدها فلا يبطل فلا تنتقض الانكحة قضى بالاياس أولا وهو قول الشهيد تنتقض اذا لم يكن قضى باياسها كما قلنا لا تنتقض ان كان حكم باياسها وهو بان يدعى فساد النكاح فيحكم بصحته و بانقضاء العدة و تنتقض اذا لم يكن حكم بالاياس والقول الصحيح المصحح فى النوازل انتقض فى المستقبل فلا تعتد الا بالحيض لا الماضى فلا تفسد الانكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المصنف هو الصحيح احتراز عن كل قول يخالف الاطلاق الانتقاض مطلقا كان أو مفصلا و بنى مختاره على اشتراط تحقق الاياس لخلفية الاشهر بالنص وان تحقق الياس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات ولا شك فى الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا أعلم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ اليأس أنه يقتضى ذلك ولا شك ان الياس من مقولة الادراك فانه ليس الا اعتقادات الشئ لا يقع أبدا اما أنه يستدعى كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا ولذا قد يتحقق الياس من الشئ ثم يوجد وكثيرا ما يقال فى الوقائع كنت أيست من كذا ثم وجدته فانما يستدعى سببا به وكونه بان ينعدم الحيض و يمتد و ينتفى مخايل وجوده فى باقى العمر لكبر السن كاف فيه وعلى هذا اذا رأته بعد الاياس لا ينتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالاشهر لوقوعه معتبرا لوجود شرطه و يبقى النظر بعد ذلك فى انه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صححه فى مجموع النوازل أولا ينتقض فيما يستقبل أيضا كقول الصفار وغيره وهو ينبنى على النظر فيما يترجح فى هذا المرئى بعد الاياس أهو حيض أم دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالاياس وعدمه اذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات فى المستقبل والوجه يقتضى الاختلاف فى المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الاياس لوجود سببه وهو الانقطاع فى سنه وهو الذى يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الحس والمحسوس وعدم مخايل كونه امتدادا للطهر ولا يجوز فى المستقبل الا الحيض لتحقق الدم المعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد وقد علمت ان الاياس لا ينافيه فاذا تحقق الاياس تحقق حكمه واذا تحقق الحيض تحقق حكمه والله سبحانه أعلم واما كون العجز المستدام شرطا فى الشيخ الفانى فلا يستلزم مثله فى الاياس اذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعا والمسئلة نصية لا قياسية نص تعالى على تعليق الاعتداد بالاشهر عند الاياس وقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الاياس فثبت الاعتداد بالاقراء بالنص (قوله ولو حاضت حيضتين ثم أيست) بان بلغت سن الاياس عند

وانقطع الدم حكم باياسها فان رأت بعد ذلك دما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بالاشهر و يظهر فساد النكاح وفى رواية يقدر بخمس وخمسين سنة على ما قالوا فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع دمها حكم باياسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا عند البعض ولا يبطل به الاعتداد بالاشهر ولا يظهر فساد النكاح وقيل يكون حيضا فيبطل به الاعتداد بالاشهر و يظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين بالاجتهاد والدم حيض بالنص فاذا رأت الدم فقد وجد النص بخلاف الاجتهاد فيبطل حكم الاياس الثابت بالاجتهاد حتى قالوا انما يكون حيضا اذا كان أحمر أو أسود أما اذا كان أخضر أو أصفر لا يكون حيضا لان كون هذا المرئى حيضا ثبت بالاجتهاد فلا يبطل الاياس الثابت بالاجتهاد وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتى بانها لو رأت الدم بعد ذلك على أى صفة رأت يكون حيضا و يفتى ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم قبل تمام الاعتداد بالاشهر ولا يفتى ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رأت الدم بعد تمام الاعتداد بالاشهر (قوله ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالاشهر تفاديا عن الجمع بين الخلف والاصل) فان قيل بناء الخلف على الاصل يجوز ألا ترى ان المصلى اذا سبقه الحدث وقد كان توضأ يتيمم و يبنى ان لم يجد ماء

تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل (والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض فى الفرقة والموت) لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف

الحيضتين وانقطع أو انقطع عندهما فى سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ما ذكر الفقيه وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور انها تستأنف العدة بالشهور وأورد عليه ان المتوضئ اذا سبقه الحدث فى الصلاة ولا ماء يتيمم و يبنى وكذا المصلى أول صلاته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالايماء وهما بدلان أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والجمع ان يجمع بين التراب والماء فى رفع حدث واحد وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الاول بالماء و رفع الثانى بالتراب ولا الايماء خلف عن الاركان لانه موجود فيها وزيادة ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه للعذر و بقى البعض على حاله و بعض الشئ لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فانما تكون الخلفية بشئ آخر (قوله والمنكوحة نكاحا فاسدا) وهى المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثانى بانها متزوجة فان كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لانه زنا واذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها و به يفتى كذا فى الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتى زفت الى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه اذا ادعى الاشتباه (قوله عدتهما الحيض فى الفرقة) الكائنة بتفريق القاضى أو عزم الواطئ على ترك وطئها (والموت) أى موت الواطئ وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجا ومطلق اسم الزوج انما يقع على المتزوج بنكاح صحيح فالعدة فى حقهما للتعريف لا لاظهار خطر النكاح باظهار التأسف على زواله غيران الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذى هو ثابت فى الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما فى الاستبراء وانما وجبت فى الصحيح ثلاثا لان المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به أو استحاضة معه عندنا وغاية الامر انه مخالف للعادة بخلاف ما اذا تكرر فى الاشهر فانه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة الى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له ألا ترى انه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك ان فيه

ومن عجز عن الركوع والسجود يومئ و يبنى قلنا الصلاة بالتيمم ليست بخلف عن الصلاة بوضوء وانما الخلاف بين التراب والماء أو بين الطهارتين ولا يكمل أحدهما بالآخر وكذا الصلاة بالايماء ليست ببدل عن الصلاة بركوع وسجود لان بعض الشئ لا يكون خلفا عن كله فاما العدة بالاشهر فبدل العدة بالحيض فلا يكمل أحدهما بالآخر (قوله لانها للتعرف عن براءة الرحم) لا لقضاء حق النكاح والمعرف هو الحيض فان قيل لو كان المقصود تعرف براءة الرحم لاكتفى فيه بحيضة كما فى الاستبراء قلنا انما وجب التربص بثلاثة اقراء فى النكاح الصحيح لجواز أن تحيض الحامل اذ هو مجتهد فيه فلا يتيقن بالفراغ بحيضة فقدر بالثلاث ليعلم فراغ الرحم اذ هو عدد معتبر فى الشرع لابلاء الاعذار كما فى شرط الخيار وقصة الاخيار والفاسد

وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبنى بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود يومئ وفى ذلك جمع بين البدل والمبدل وأجيب بان البدلية اما أن تعتبر فى الصلاة أو فى الطهارة وكلاهما غير صحيح أما الاول فلان الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء وكذلك الصلاة بالايماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لان بعض الشئ لا يكون بدلا عن كله وأما الثانى فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما الان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل جمع بينهما قال (والمنكوحة نكاحا فاسدا) كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحرم اذا نكحها المحرم عالما بحرمتها عند أبى حنيفة (والموطوءة بشبهة) وهى التى زفت الى غير زوجها فوطئها (عدتهما الحيض فى الفرقة والموت جميعا لانها) أى لان عدتها (للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة (والحيض هو المعرف) ولا تفرقة فى ذلك بين الفرقة والموت فان قيل فعلى هذا وجب أن يكتفى بحيضة واحدة أو شهر كما فى الاستبراء وليس كذلك أجيب بانها انما كانت ثلاث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان أحكام العقد الفاسد أبدا تؤخذ

(قوله اذا عجز عن الركوع والسجود يومئ الخ) أقول يعنى بعد ما صلى أولها بركوع وسجود (قوله فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما الخ) أقول يعنى أن المراد بالجمع هو اكمال أحدهما بالآخر وليس ذلك بموجود فى الطهارتين فانه لم يجمع بينهما فى رفع حدث واحد بل رفع الحدث الاول بالماء والثانى بالتراب نعم اجتمعا فى صلاة واحدة (قوله وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض) أقول قال الله تعالى واللائى يئسن من المحيض الآية (قوله عالما بحرمتها عند أبى حنيفة رحمه الله) أقول يعنى انه فاسد عنده خلافا لهما فانه باطل عندهما وسيجئ فى الحدود

(واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة) لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء

شائبة التعبد (قوله واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض) فان لم تحض فثلاثة أشهر يعني اذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدته فان كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الاول وفي الثاني والثالث لا يجب عليها عدة من المولى لعدم ظهور فراش المولى ولو مات زوجها ومولاها ولا يدرى أيهما أول فاما ان يعلم ان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كائناما كان ذلك من يوم الى شهرين وأربعة أيام أو يعلم انه شهران وخمسة أيام فصاعدا أو لا يعلم كم بينهما ففي الاول تعتد بأربعة أشهر وعشر لانه ان كان موت المولى أولا فلا عدة منه لانها اذا تبعل ثم موت الزوج بعده وهي حرة موجب لاربعة أشهر وعشر وان كان موت الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ثم موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة ولا لتغيرها الا انها تختص بفرقة الرجعي فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها أربعة أشهر وعشرا وشهرين وخمسة أيام فوجب الاحتياط فلزمها أربعة أشهر وعشر وفي الثاني يجب أن تعتد بابعد الاجلين يعني تجمع بين أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض لان السيد ان كان مات أولا ثم مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات أولا فعدتها شهران وخمسة أيام ثم موت السيد بعدها يوجب عليها ثلاث حيض لانه بعد انقضاء عدة الزوج فعلى تقدير عدتها أربعة أشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بان تعتد باكثر ما يلزمها وفي الثالث كذلك عندهما الاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه وعند أبي حنيفة تعتد باربعة أشهر وعشر فقط لاحتمال ان الزوج هو المتأخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل باقوى الدليلين ولا يخفى انه مشترك الالزام (قوله وقال الشافعي حيضة واحدة) وهو قول مالك وأحمد وقولهم قول ابن عمر وعائشة وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والاوزاعي واسحق انها تعتد باربعة أشهر وقولنا قول عمر وعلي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملا وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجلي وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة قياسية ولا شك انه يتحقق بموت المولى وعتقه كل من أمرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على الاول هكذا تربص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلاث حيض كالتربص في الطلاق وهذا أرجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر واجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا تعدية حكم الاصل وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلي لانه مقتضاه فان أثر العلة فيه وفي كل قياس انما هو في تعدية حكم الاصل لا في غيره بنفي ولا اثبات ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد على الحيضة يقتضيه القياس الذي عيناه ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت بين كل قياسين اذا لم يكن موجب أحدهما بعض موجب الآخر وحينئذ يثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الاصل بنفي ولا اثبات فاذا كان في الفرع جامعان بلا مانع أحدهما يقتضي فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فانه يلزم من اعتبار أحدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا أن يقال يجوز القياس

ملحق بالصحيح في حق ثبوت النسب فيقدر بالاقراء الثلاث صيانة للماء عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه كما قدرنا الصحيح بها ثم المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود فانه فاسد بالاتفاق بين علمائنا وأما

من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه ولذلك يثبت أجر المثل دون المسمى كذلك وههنا أيضا لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه فان عدة الوفاة لزيادة اظهار التأسف لفوات نعمة النكاح والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا (واذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة) وهو مروى عن ابن عمر قال عدتها أثر ملك اليمين (لانها تجب بزواله وكان كالاستبراء) ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة

ولنا

ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض (ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر) كما في النكاح (واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر وهو قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت

والتعليل لنفي حكم فان النفي حينئذ مقتضاه وفيه كلام في الاصول ومن اختاره شرط كون العلة أمرا عدميا والمحققون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيأ وما وقع في الفقه مما ظاهره التعليل به كقول محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلي بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس الا ذلك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس أي يبقى على عدمه الاصلي لا انه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما اذا كان موجب أحدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين متظافران على اثبات ذلك البعض وينفرد أحدهما باثبات أمر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر (قوله وامامنا فيه عمر رضي الله عنه) روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن أبي كثير ان عمر ابن العاص أمر أم الولد اذا اعتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب الى عمر فكتب بحسن رأيه فاما انه قال في الوفاة كذلك فالله أعلم وليس يلزم من القول بثلاث حيض في العتق من شخص قوله به في الوفاة ألا ترى الى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص انه قال بها في العتق وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر لكن قال الدارقطني قبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع وهو عندنا غير ضائر اذا كان قبيصة ثقة وقد أخرج ابن أبي شيبة عن الحرث عن علي وعبد الله قالا ثلاث حيض اذا مات عنها يعني أم الولد وأخرجه عن ابراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف الا أن غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله والمحقق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأي وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا (قوله واذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل) احتراز عما اذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا ثم معرف ذلك ان تضع لاقل من ستة أشهر من موته في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند أبي حنيفة ومحمد وان وضعته لستة أشهر من موته فاكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل باربعة أشهر وعشر اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لاكثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشئ لان التقدير للحدوث باكثر من سنتين أو بسنتين كوامل ليس الا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة الى تأخير الحكم بالحدث الى السنتين (قوله وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبي يوسف اذ لم يحك في الظاهر خلاف ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم وقول فخر الاسلام وهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فانما هي رواية عنه وكذا قال شمس الائمة وعن أبي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر انتهى واذا قال أبو يوسف في المطلقة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منفي النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانما هي رواية شاذة وهو قول مالك وأحمد وهي رواية عن أبي حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير

نكاح المحارم مع العلم بانها حرام فنكاح فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما وفي الذخيرة تزوج منكوحة الغير ولا يعلم انها منكوحة الغير ودخل بها تجب العدة وان كان يعلم انها منكوحة الغير لا تجب العدة بالدخول التي لا يحرم على الزوج وطئها وبه يفتي وأما الموطوءة بشبهة فهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها تجب عليها العدة وعلى الواطئ المهر على ما يجيء في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى (قوله فصار كالحادث بعد الموت) وتفسير الحدوث بعد الموت بان تضعه لستة أشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة

(ولنا انها أثر زوال الفراش) لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما وامامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض وهو المروى عن علي وابن مسعود (وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح وقوله (واذا مات الصغير عن امرأته) ظاهر وقوله (كالحادث بعد الموت) يعني بان تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال بعضهم بان يأتي لاكثر من سنتين قال في النهاية والاول أصح وتفسير قيام الحبل عند الموت أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية

(ولهما قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج أومن غيره فى عدة الطلاق أو الوفاة وقوله (ولانها مقدرة دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل فى أولات الاحمال قصرت المدة أو طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا المعنى يعنى قضاء حق النكاح يتحقق فى الصبى وان لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وهى واضحة وبين الاولى بقوله (لشرعها) أى لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعنى لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف على مامر وفيه بحث لان الضمير فى (١٥٠) قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة فى أولات الاحمال أو اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثانى لان المدعى عدة الوفاة فى الحامل ولا يلزم من ان لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم فى غير الحامل أن لا يكون له فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعنى ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا فى أولات الاحمال ولا فى غيرها الا انها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان أعم من المدلول كان أتم فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف وقوله (بخلاف الحمل) جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعنى انما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والتزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح بآية التربص (فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل) لانها عدة أولات

ولهما اطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال اجلهن أن يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل فى أولات الاحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق فى الصبى وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل

مراهق أما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه الا اذا لم يمكن بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فاتت بولد غير سقط لاقل من ستة أشهر من وقت العقد بان تزوجها حاملا من الزنا ولا يعلم الحال ثم وضعته كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعندهم لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند أبى يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلم فانه وان لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لانه شبهة فيقع الخلاف فى انها بالوضع أو بالاشهر وحاصل تمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير هكذا حمل منفى النسب فلا تعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير (ولهما اطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) من غير فصل بين كونه منه أومن غيره (ولانها) أى عدة الوفاة فى حق الحامل وقت الموت (مقدرة بوضع الحمل فى أولات الاحمال لا لتعرف فراغ الرحم لشرعها) أى لشرع عدة الوفاة (بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى) وهو قضاء حق النكاح (يتحقق فى الصبى وان لم يكن الحمل منه) كما يتحقق فى الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه انه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب فى حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهارا لخطره متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه ودليل الالغاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ماذكر ومن صورة القياس فان حقيقته ليس الا نفى الحكم لنفى العلة المساوية وهى ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف فى الخلافية فينتفى الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى فى الحامل بحادث بعد موت الصبى ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع ليس الا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح وقدمنا ان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفرد أحدهما وقد يجتمعان فالاولى عدم التعرض للنفى ويكفى كون العدة مطلقا للقضاء فانه اذا ثبت أمر للاعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للنفى أيضا واعلم ان قول أبى حنيفة ومحمد فى المسئلة التى استبعدناها قول أبى يوسف أعنى المطلقة اذا جاءت بولد لأكثر من سنتين ان عدتها تنقضى من ستة أشهر تلى الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل الحادث الى أقرب زمانه. (قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ماقاسوا عليه فى الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ

المشايخ رحمهم الله وقال بعضهم بان تاتى لاكثر من سنتين والاول أصح وتفسير قيام الحبل عند الموت هو

فافترقا

قال المصنف (لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر) أقول والظاهر انها لو كانت للتعريف يثبت المطلوب أيضا الا انه بنى الكلام على الواقع ان قيل المراد عن ماء المطلق قلنا الاماء فيه هنا قال المصنف (لكن لقضاء حق النكاح) أقول يعنى المغلب ذلك (قوله لان الحامل لا تحيض عندنا) أقول ولان عدتها ليست بالاشهر (قوله ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم فى غير الحامل الخ) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر لثبوت المطلوب على ذلك التقدير أيضا

الاحمال بالنص (فافترقا) أى الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فان قيل اذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد ألزمناها العدة بالشهور ثم اذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل أجاب بقوله (ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان) أى الحمل (كالقائم عند الموت حكما) تبعا لحكم شرعى آخر وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لابد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما وفى امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم (١٥١) يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا الى أقرب الاوقات وكان ابتداء عدتها بالاشهر لا محالة (ولا يثبت النسب فى الوجهين) يعنى فى وجهى مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده (لان الصبى لا ماء له فلا يتصور منه العلوق) فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش أجاب بقوله (والنكاح يقام مقامه) أى مقام الماء (فى موضع التصور) وقوله (واذا طلق الرجل امرأته) ظاهر قال (واذا وطئت المعتدة بشبهة) اذا وجبت على المرأة عدتان فاما أن تكونا من رجلين أومن رجل واحد فان كان الثانى كما اذا طلقها ثلاثا فتزوجها فى العدة ووطئها أو وطئ المطلقة ثلاثا وقال ظننت أنها تحل لى أو طلقها بالفاظ الكناية فوطئها فى العدة فلا شك أن العدتين يتداخلان وان كان الاول وكانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجئ أومن جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت فى عدتها فوطئها الثانى وفرق بينهما تتداخلان عندنا ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطء الثانى اذا كان بعد مارأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطء الثانى ثلاث حيض أيضا والحيضتان تنوب عن أربع حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة تقع عن الوطء الثانى خاصة وان لم تكن رأت شيئا فليس

فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما (ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين) لان الصبى لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه فى موضع التصور (واذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التى وقع فيها الطلاق) لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها (واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام

الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بان حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من أن تثبت العدة اذ ذاك والفرض ان لا حمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالاشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض ان العدة تثبت لا يتوقف فانما تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية باولات الاحمال الاحمال حالة الفرقة (قوله ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها حبل بعد موته) بان جاءت بولد لاقل من سنتين مع حدوثه فى نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه فى نفس الامر وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمى والواقع الا أن يتحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التأمل لا معنى للايراد المجاب عنه بما ذكر أصلا (قوله ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين) أى فى الحادث بعد الموت وغيره لان الصبى لا ماء له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه أى مقام العلوق فى موضع التصور لان الشئ انما يقدر تقديرا اذا أمكن تصوره تحقيقا (قوله واذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض لم يحتسب بالحيضة التى وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل) لانه مسمى الاسم فى ثلاثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان (قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة) من أجنبى أومن

أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت) يريد به اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر اذ لو كان على حقيقته بان جاءت به لتمام سنتين فصاعدا تكون العدة بالاشهر لانه يكون من زنا فلا يتغير به حكم العدة (قوله ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين) أى فيما اذا كان قائما عند الموت وفيما اذا حدث بعد الموت (قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتتداخلان) وقال الشافعى رحمه الله لا تتداخلان هذا اذا وطئها أجنبى بشبهة أما اذا وطئها الزوج المطلق بشبهة تداخلت العدتان بالاجماع وفى المبسوط وان كانت العدتان من واحد بان وطئ معتدته بعد البينونة بالشبهة فلا شك عندنا انهما تنقضيان بعدة واحدة وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله وفى القول الآخر يقول لا تجب العدة بالسبب الثانى أصلا وحاصل الخلاف راجع الى أن ركن العدة الفعل أم ترك الفعل مع ان المقصود يحصل بالطريقين وهو صيانة الانسان عن الاشتباه فعنده الركن هو الفعل وهو كف المرأة نفسها عن البروز والخروج والتزوج بآخر فيكون عبادة كالكف عن قضاء الشهوتين فى الصوم لانها أمرت بالتربص وهو الكف وأداء العبادتين فى وقت واحد لا يتصور كصومين فى يوم واحد وعندنا الركن ترك الفعل ومعنى العبادة تابع لانها أجل لقوله تعالى أجلهن أن يضعن حملهن

(قوله وان كان الاول وكانا من جنسين كالمتوفى زوجها) أقول يعنى كالمتوفى عنها زوجها

عليها الاثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض (وقال الشافعي لا يتداخلان لان المقصود من العدة العبادة أي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد) فان العدة كف عن التزوج والخروج كما أن الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم فكذا في العدة (ولنا أن المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فيتداخلان)

وقوله (ومعنى العبادة تابع) جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة في العدة تابع ان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الآية وقال ولا يخرجن الآية وموجب النهي التحريم واذا كان ركنها الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكالخمر فيمن حلف لا يشربها وهو صائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فان ركنه الكف لقوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل ولن يجتمع الامسا كان في يوم واحد واستوضح المصنف تبعية العبادة بقوله (ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف) يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق أداؤها بدون ركنها واعترض بانها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا أن المقصود ذلك لكن (١٥٢) لا نسلم جواز التداخل والالجاز التداخل في اقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها وأجيب عن الاول بان الصبية التي تحتمل الوطء والآيسة تحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء لان العدة يكتفى في ايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة صيانة لماءي الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم في نفسه كماء الثاني وعن الثاني بأنا لا نسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود لان المقصود من الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال واردا عليه

العدة الثانية) وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع ألا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف

الزوج ووافق الشافعي في أحد قوليه فيما اذا كان الواطئ المطلق والوطء بشبهة يتحقق بصور منها التي زفت الى غير زوجها والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر أو في العدة اذا قال ظننت انها تحل لي والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة أو كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة أو في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك وعدمه قول الشافعي وأحمد رحمهم الله وما في الغاية من ان الشبهة في المطلقة الطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب بالوطء وان قال ظننت انها تحل لي واذا لم يثبت النسب لا تجب به العدة سيأتي دفعه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل جعل المرئي عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة

فاذا بلغن أجلهن حتى يبلغ الكتاب أجله والآجال اذا اجتمعت تنقضي بمدة واحدة كرجل تثبت عليه ديون مؤجلة لاناس فتنقضي بمدة واحدة وهذا لان التأجيل لتأخيرما كان يجب عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بمضي الاجل هنا حل النكاح والخروج والتزين فكان الثابت تأخير الحل الذي يثبت بمضيه وهو حرمة هذه الافعال فكان الركن حرمة هذه الافعال والآجال فان كثرت يتصور اجتماعها في العدم ولهذا وجبت بلا علم ويتادى بلا قصد واختيار ولو كان الركن هو الفعل لما وجب بلا علم ولم يتاد بلا قصد واختيار ألا ترى ان الله تعالى قال ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله نهى عن التزوج في العدة

الاولى

(قوله والدليل على أن معنى العبادة الى قوله وموجب النهي التحريم) أقول مأخوذ من شرح تاج الشريعة لكنه مؤاخذ ثم أقول بل موجبه كف النفس عن المنهي عنه على ما حقق في الاصول الا أن يكون مراده موجبه في تينك الآيتين لدليل يدل عليه وهو ماذكره المصنف فليتامل (قوله فان ركنه الكف لقوله تعالى الخ) أقول يعني أنه مامور به وكل ما هو كذلك فهو عبادة فيكون كفا (قوله لكن لا نسلم جواز التداخل الخ) أقول لا وجه لهذا المنع بعدما بين المقدمة الممنوعة بالدليل ولك أن تقول في العبادة والمراد هو النقض الاجمالي (قوله وأجيب عن الاول بان الصبية التي تحتمل الوطء الخ) أقول ما تقول في الصغيرة التي لا تحتمله فانه تجب العدة اذا خلا بها زوجها عند أكثر المشايخ (قوله وعن الثاني بانا لا نسلم الملازمة الخ) أقول مقابلة المنع بالمنع اذا حمل على ظاهره (قوله وفيه نظر لان المصنف الخ) أقول والصحيح في الجواب أن يقال المقصود من العدة هو التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا بخلاف ما اذا تكرر فانه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتعرض له ألا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة التعبد فليتامل

الاولى فعليها حيضتان تمامها وتحتسب بهما من عدة الثاني وللآخر أن يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول لانها في عدته ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله أن يراجعها اذا شاء ثم لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه وكذا ان كانت العدتان بالشهور وقالوا والخلاف مبني على ان ركن العدة ماذا فعند الشافعي كف النفس عن الحرمات في مدة معينة فاذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات ألا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا ان الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه في زمان واحد باسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهار الصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نستأنف الكلام ونقول لا شك انه يثبت عند تمام سبب العدة أمور هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانتهائها ووجوب التربص في تلك المدة أيضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع أن هذا الوجوب لابد أن يثبت لازما للحرمة بادنى تأمل ومتعلق الوجوب ليس الا فعل المكلف والتربص وان كان الانتظار فهو من أفعال النفس فان أردنا تعيينه لم نر أنسب به من كونه ترك تلك الحرمات الى انقضاء المدة وترك الشيء لا يخرج عن كونه كف النفس عنه أو حبسها فمن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق وحينئذ يكون حاصل يتربصن نهيا عن تلك الامور لانه طلب الكف عنها كما جعلوا قوله تعالى وذروا البيع نهيا عنه فالثابت تحريم هذه الامور ومن المعلوم أن لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة الا عند علمها بالسبب اذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم فيحكم بهذه المقدمة وهي أن الحكم انما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب والمقدمة القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم أنها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته أصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في أصل الوجوب على ما عرف أو علمت ثم لم تكف أي لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى أن تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على أن معنى العبادة تابع كما قال المصنف بل الدليل على ذلك تحققها في حق من لا تصح العبادة منه ولا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق العدة في الشرع بالاصالة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذات الاقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك الحرمات ولا شك أن العدة تطلق على كل من تلك الامور أما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه وأما على نفس المدة ففي نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكر أيضا وأما على نفس الحرمات فبفرض دعوانا انها الركن لكن الشأن في بيان أن مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن ثلاثة أشهر انه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التربص لا أنه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه وأما قوله تعالى أجلهن أن يضعن حملهن حتى يبلغ الكتاب أجله فاذا بلغن أجلهن فالاجل هو ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بمضي هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتهما

والثابت بالنهي حرمة الفعل لا وجوب الفعل بخلاف الصوم لان الواجب ثمة الفعل لانه أمر بالصوم لقوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل والواجب بالامر الفعل فان قيل الله تعالى قال والمطلقات يتربصن أي يكففن والكف فعل وهو اخبار في معنى الامر كما مر وقال فعدتهن ثلاثة أشهر أمر بالاعتداد بالاشهر والاعتداد فعل قلنا المراد بالتربص الانتظار لا الكف يقال فلان يتربص قدوم فلان أي ينتظر والانتظار يكون بسبب

وقوله (والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور) ظاهر قال في المبسوط لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق

(والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقا للتداخل بقدر الامكان (وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها) لان سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة (والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق

ولا دليل فيه أيضا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التربص وأما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضي أن المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم الحقيقي الا ظاهرا وذلك لو لم يعارضه النظم القرآني فتلخص انه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل وحينئذ نقول لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة وذلك لان العدة حينئذ تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لا أن تداخلها تداخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاء لازما لتداخل العدة أو كان عين تداخلها فلذا والله أعلم اقتصر المصنف عن كون المبنى ما هو والدفع على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب تحققه على وجه العبادة بل مطلقا اذ لا دليل يوجب كونه ووجب ايجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آثمة مع أنه لم تحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على انه عبادة نعم هو له عرضية أن يصير عبادة فان البالغة العاقلة اذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع فروغ النفس لذلك احتسابا لله وقصد الطاعته وقع ذلك عبادة لله تعالى لا أنه يجب ايقاعه كذلك لما ذكرنا (قوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) فلو لم تر فيها دما يجب أن تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض (قوله وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق) لان سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدموا أن سببها النكاح والطلاق شرط وان الاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط فالاولى أن يقال لان عند الطلاق والموت يتم السبب فيتعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة (قوله ومشايخنا يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة بان يتواضعا

الاجل ولا تضايق في الانتظار كشهر واحد ينتظر فيه حلول دون وكيوم واحد ينتظر فيه قدوم أناس وما في الآية الثانية أمر بالاعتداد بل المذكور هو العدة وهي مدة حرمة هذه الافعال والحرمات تجتمع فان الصيد حرام على المحرم في الحرم بالاحرام والخمر حرام على الصائم لصومه ولكونه خمرا ولحلفه ان حلف لا يشربها ومعنى العبادة تابع ألا ترى ان عدتها تنقضي وان لم تكف نفسها عن الخروج ولا يتصور أداء العبادة بدون ركنها ولان المقصود تعرف براءة الرحم وهو حاصل بالعدة الواحدة فتداخلتا وانما لم يكتف بحيضة واحدة وان حصل تعرف الفراغ بها لان الواحدة للتعرف والثانية لحرمة النكاح والثالثة لفضيلة الحرية ولو اكتفينا بالواحدة لم تحصل هذه المقاصد (قوله لان سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة)، وقد نص في الاسرار ان سبب وجوب العدة نكاح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه مما يكمل المهر عند ثبوت ما يوجب الفرقة لا الفرقة فانها شرط فكانه جعل الشرط المعمل للعلة كالسبب (قوله ومشايخنا رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت وجود الاقرار نفيا لتهمة المواضعة) بان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء أو يتواضعا على انقضاء العدة بان يتزوج أختها أو أربعا سواها أو بما تكون المرأة محرمة حرمة غليظة فيتواضعان على هذا الاقرار حتى يتمكن من التحليل في الحال

بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر يحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضا قال (وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق) ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق (وفي الوفاة عقيب الوفاة) لان سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة (فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب) فان لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد اذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها أن تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت (ومشايخنا) يريد علماء بخارا وسمرقند (يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة) لجواز أن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء أو يتواضعا على انقضاء العدة لان يتزوج أختها أو أربعا سواها وقال في الذخيرة اختيار مشايخ بلخ أنه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق يعني حتى لا يتزوج باختها وباربع سواها زجرا له على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد أقرت بسقوطه (والعدة في النكاح او

الفاسد عقيب التفريق) بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما

أو عزم الواطئ على ترك وطئها) والعزم أمر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان يقول تركت وطأها

أو عزم الواطئ على ترك وطئها) وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره

على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين أو يتواضعا عليه ليتزوج أختها أو أربعا سواها واذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الائمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي أن يتحرى به محل التهمة والناس الذين هم مظانها ولذا فصل السغدي حيث قال ما ذكر محمد يعني من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق اليه أما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد قال محمد وعلى هذا اذا فارقها زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغي أن لا يحل له التزوج باختها وأربع سواها وعرف أن تقييده بالاقرار يفيد أن الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار وأن سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء انما هو اذا صدقته أما اذا كذبته في الاسناد فلا وكذا اذا قالت لا أدري والحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ ان العدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد ثم المراد من قوله ومشايخنا مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب فان كان غائبا فأتاها موته أو طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة واذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته ولو جعل أمر امرأته بيدها ان ضربها فطلقت نفسها فانكر الزوج الضرب فاقامت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب ينبغي أن تكون من وقت الضرب ولو طلقها وأنكر فاقيمت البينة فقضى بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء (قوله أو عزم الواطئ) بان أخبرها انه ترك الوطء فان الاخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه أما آخر الوطآت لا يعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون الا بالقول كقوله تركتك وما يقوم مقامه كتركتها وخليت سبيلها اما عدم المجيء فلا اذ الغيبة لا تكون متاركة لانه لو عاد يعود ولو أنكر نكاحها لا يكون متاركة (قوله ولنا ان كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة) لاستناد الكل أي كل الوطآت (الى حكم عقد واحد) وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أي لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر ذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر انها اذا حاضت بعد الوطء أي وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للازواج فاذا تزوجت ظهر ان ذلك كان آخر الوطآت وان كان وطئها بعد ذلك عاد هذا التقدير فنقول ان تركها حتى حاضت ثلاث الخ ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال عزمت على تركها احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين

ولا تجب عليها العدة قال صاحب المحيط وغيره اذا أقر الرجل أنه طلق امرأته منذ خمس سنين ان كذبته في الاسناد أو قالت لا أدري تجب العدة من وقت الاقرار قالوا هذا الجواب في النفقة والسكنى حتى تجب لها النفقة والسكنى أما في حق التزوج باختها أو أربع سواها تعتبر العدة من وقت الطلاق وقيل في حق التزوج باختها وأربع سواها تعتبر العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمانه الطلاق ولكن لا تجب لها نفقة العدة ومؤنة السكنى لان ذلك حقها وقد أقرت بسقوط حقها وينبغي على قول هؤلاء أن لا يحل التزوج بالاخت وأربع سواها ما لم تنقض العدة من وقت الاقرار وحكى عن الشيخ الامام أبي الحسن السغدي رحمه الله انه كان يقول ما ذكر محمد رحمه الله في الاصل ان العدة تعتبر من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين

أو ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه (وقال زفر من آخر الوطآت لان الوطء هو السبب الموجب) للعدة اذ لو لم يطأ لم تجب عليها العدة (ولنا ان كل وطء وجد في العقد) وتقريره القول بالموجب وهو أن يقال سلمنا ان الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطآت التي توجد بالعقد الفاسد (بمنزلة وطأة واحدة لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد) واذا كان كذلك لم يثبت آخر وطأة تترتب عليها العدة الا بالتفريق أو العزم لانه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطآت آخرها وتجريد هذه النكتة العدة لا تثبت الا بآخر وطأة وآخر وطأة لا توجد الا بالتفريق أو العزم فالعدة لا تثبت الا بالتفريق أو العزم أما أنها لا تثبت الا بآخر وطأة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم وأما ان آخر وطأة لا توجد الا بالتفريق أو العزم فلما قال مع جواز وجود غيره

(قوله أما انها لا تثبت الا بآخر وطأة الى قوله فلما قال مع جواز وجود غيره) أقول فيه بحث قال المصنف (مع جواز وجود غيره) أقول بالنسبة الى الموطوءة فانها لا تعلم الآخر حتى تتربص هكذا قيل وفيه بحث اذ مر آنفا ان معنى العبادة تابع في العدة فاذا حاضت ثلاث حيض بعد الوطء ينبغي أن يجوز تزوجها بزوج آخر لتعين آخر الوطء فتأمل

وقوله (ولان التمكن على وجه الشبهة) دليل آخر وتقريره أن حقيقة الوطء أمر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة وكل أمر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم فالتمكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء واذا قام مقامها فهما كان التمكن باقيا كان الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطآت اذ التمكن باق بعد كل وطأة فرضت فلا بد من المتاركة أو العزم ليرتفع التمكن فيتعين آخر الوطآت فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطء أمر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة انما هي للزوجين وحقيقة الوطء ليست بخفية بالنسبة اليهما قلت قد أشار الى الجواب بقوله (ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره) أي غير الواطئ وهو الذي يريد أن يتزوجها وقيل وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها ولا خفاء في مفهوم كلام المصنف في النكتتين ولم أجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خاطري أبو عذره وجهد المقل دموعه وقوله (واذا قالت المعتدة انقضت عدتي) ظاهر وقوله (فتحلف كالمودع) يعني اذا قال هلكت الوديعة أو قال رددتها وأنكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه أمين وما على الامين الا اليمين قال واذا (طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا) قال في النهاية هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على أصل واحد وهو ان الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني أولا فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة ووجه قول محمد ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة فان قيل فعلام يجب عليها كمال العدة الاولى أجاب بقوله وا كمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا أنه لم يظهر حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها كمال العدة الاولى

ولان التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره (واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين) لانها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع (واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى) لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة وا كمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه

أخريين وعندنا لا تحتسب بها (ولان التمكن) من الوطء (على وجه الشبهة) بسبب ذلك العقد (أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاء الوطء ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره) أي في غير الواطئ وهو حلها للازواج والخفي لا يعرف الحكم واذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة مادام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك الا بالتفريق أو المتاركة صريحا فلا تثبت العدة الا عندهما واختار أبو القاسم الصفار قول زفر ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول طائفة من المشايخ وهو الوجه انها لو تزوجت عالمة بانها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحا فيما بينها و بين الله تعالى انما اشتراط كونها بعد الترك في القضاء (قوله فالقول قولها مع اليمين) لابد أن يكون محل هذا اما اذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما لانه اذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا (قوله كالمودع) اذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول مدعي الرد مع ان عليه اليمين اذا كذبه وعكس هذه المسئلة اذا قال الزوج أخبرتني بان عدتها قد انقضت فان كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها الا أن يبين ما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق فحينئذ يقبل قولها ولو كان في مدة تحتمله فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج باختها لانه أمر ديني يقبل قوله فيه (قوله واذا طلق الرجل امرأته) المدخول بها (طلاقا بائنا دون الثلاث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وقال زفر نصف المهر أو المتعة ان لم يكن سمى فيه شئ وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكمل العدة الاولى وقال محمد لها نصفه أو المتعة وعليها اتمام العدة الاولى لزفر ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بالطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير ان اكمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا

من الوقت الذي أسند الطلاق اليه أما اذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الاسناد (قوله ولان التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام الوطء) لان الوطء أمر خفي ولا وقوف لغيرهما عليه والحاجة ماسة الى معرفة الحكم في حق غير الوطء وهو من يريد أن يتزوجها بعد انقضاء العدة فلا بد من اقامة الامر الظاهر مقامه ليدار الحكم عليه كما في الاخبار عن المحبة والحيض وكما في السفر فاقيم التمكن مقامه تيسيرا بخلاف المتاركة والعزم على ترك الوطء والاخبار بعزمه والمتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون الا أن يقول تركتك أو خليت سبيلك ولا يكون بعدم مجئ أحدهما الى صاحبه (قوله فتحلف كالمودع) أي اذا ادعى المودع رد الوديعة أو هلاكها يحلف ان لم تكن له بينة

(كما لو اشترى أم ولده) أي منكوحته التي ولدت منه (ثم أعتقها) فانه يجب عليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح و وجبت العدة ألا ترى انه لا يجوز أن يتزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه أيضا فوجبت حقا للفساد وهما يعتبران من الاعتاق أيضا ويلزمها الاحداد وأما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد (ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره) أي والحال انه بقي أثره أي أثر الوطء الاول (وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة) بالدخول في النكاح الاول (ناب ذلك القبض الذي كان بالدخول مناب القبض) أي الدخول (المستحق في هذا النكاح) فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الطلاق بائن أجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشئ لا يلزم أن يساويه من جميع الوجوه ألا ترى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح وقوله (فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول) تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقول زفر على ما ذكره واضح وقوله (وجوابه ما قلنا) اشارة الى قوله وا كمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الخ

كما لو اشترى أم ولده ثم اعتقها ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي أثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها أصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا

ارتفع بالطلاق ظهر حكمه (قوله كما لو اشترى أم ولده) أي زوجته التي هي أم ولده اذا كانت أمة فانه ينفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر غير أن هنا تجب عليها عدة أخرى لانها ام ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الاحداد الى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقي من الحيضة الاخرى لانها عدة أم ولد أعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها ولها ولد منه أو لا ولد لها منه فانه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فاذا زال بالعتق تظهر حتى يجب عليها تمام العدة الاولى لانه كان واجبا بالطلاق السابق وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم ابطال المقصود من شرعهما وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو كان تزوجها قبل أن تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة من الطلاق وفي ذلك اشتباه

(قوله كما لو اشترى أم ولده) أي منكوحته التي ولدت منه ثم أعتقها فيجب عليها ثلاث حيض حيضتان من النكاح فيهما ما تجتنب المنكوحة من الخروج والبروز والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح و وجبت العدة ألا ترى انه لا يجوز ان يتزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حق المانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه أيضا فوجبت حيضتان لفساد النكاح وهما معتبران من الاعتاق أيضا ويلزمها الاحداد وأما الثالثة فانها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الاحداد كذا في الايضاح (قوله ناب ذلك القبض) وهذا لان الاصل ان القبض المضمون ينوب عن القبض المضمون فاذا جدد النكاح ينوب ذلك القبض عن القبض المستحق بالنكاح الثاني كالغاصب اذا اشترى المغصوب ينوب قبضه عن القبض المستحق بالعقد فيكون الطلاق بعد القبض المستحق بالعقد الثاني يوجب كمال المهر والعدة فان قيل القبض فعل دائم فانما يصير قابضا باستمرار القبض بعد الشراء الا أن ينوب قبض الغصب عن قبض الشراء قلنا الجواب من وجهين الاول أن يفرض الكلام فيما اذا لم يبق المغصوب بعد الشراء بان غصبه آخر من يده فالغاصب الاول لو اشتراه من المالك يصير قابضا بمجرد الشراء والثاني ان استدامة القبض لا معتبر به في افادة القبض بدليل ان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الشراء ولو كان استدامة القبض معتبرا في حق القبض بالشراء وجب أن يصير المودع قابضا بالشراء كالغاصب ولا يتفاوت الحكم بين أن يكون المشتري غاصبا أو مودعا (قوله المغصوب الذي في يده) أي لم يرده الى المالك ولا يشترط أن يكون في يده وقت الشراء لانه ما لم يرده الى المغصوب منه كانه في يده ولهذا لو اشترى وهو في يد آخر قائم يصير قابضا بالشراء (قوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول) لا يقال لو كان هذا طلاقا بعد الدخول لما وقعت البينونة بصريح الطلاق بعد النكاح

قال المصنف (كما لو اشترى أم ولده) أقول أي زوجته التي هي أم ولده اذا كانت أمة فانه ينفسخ النكاح بالشراء ولم يظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق يظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لانها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الاحداد الى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيها شئ من الحيضة الاخرى لانها عدة أم الولد أعتقت (قوله تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله الخ) أقول في دلالته على ما ذكره تامل بل دلالته على انه كذلك حكما الا أن يريد بالتشبيه هذا المعنى

قال (واذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا أن تكون حاملا وهذا كله عند أبى حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة) أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف فى نكاحهم محارمهم وقد بيناه فى كتاب النكاح وقول أبى حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه لاعدة عليها

النسب وفساد كبير ولهما ان الوطء قبض وهى مقبوضة فى يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقى أثر هذا القبض بقيام العدة اذ هى أثره فاذا جدد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو فى يده بالغصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال وجب على هذا أن علك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن ما جعلنا النكاح الثانى قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه بل فى حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة للاحتياط فلا يلزم منها اقامته مقامه فى حق جميع الاحكام والا كان اقامة فى حق ترك الاحتياط لان الاحتياط فى انقطاع الرجعة ألا يرى أن صريح الطلاق بعد الخلوة لا يثبتها مع ان الخلوة قائمة مقام الدخول فى تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول فى ذينك الحكمين اقامته مقامه وثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه احدى المسائل المبنية على هذا الاصل وهو ان الدخول فى النكاح الاول دخول فى الثانى أولا وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهى فى العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا أولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها فى العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما أنه لا يتمكن من الوطء فى الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة فى الفاسد حتى لا يجب عليها العدة بها ولا عليه المهر وثالثها لو دخل بها فى الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها فى المرض فى عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول هل يكون فارا أم لا ورابعها لو تزوجت بغير كفء ودخل بها ففرق القاضى بينهما بطلب الولى ثم تزوجها هذا الرجل فى العدة بمهر وفرق القاضى بينهما قبل أن يدخل بها كان عليه المهر الثانى كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد نصف المهر الثانى وعليها تمام العدة الاولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسادسها تزوجها صغيرة فدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول وسابعها تزوجها ودخل بها ثم ارتدت ثم أسلمت فتزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وثامنها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها وتاسعها تزوج أمة ودخل بها ثم أعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول وعاشرها تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها فى العدة فاعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول (قوله واذا طلق الذمى الذمية) أو مات عنها (فلا عدة عليها) فلو تزوجها مسلم أو ذمى فى فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب فى معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم أو مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده (قوله وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة) ليس بقيد بل المعتبر أن تصير بحيث لا تمكن من العود اما بخروجها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لا عدة عليها (فان تزوجت جاز الا أن تكون حاملا) وعنه لا يطؤها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء (وقالا عليها) أى الحربية التى خرجت مهاجرة العدة (وعلى الذمية العدة أما الذمية فالخلاف فيها نظير الاختلاف فى نكاحهم محارمهم وقد بيناه فى النكاح) أى الاختلاف المشبه وهو عين المتنازع فيه هنا وهو قوله فى باب نكاح أهل الشرك واذا تزوج الكافر بغير شهود أو فى عدة

الثانى كما لا تقع البينونة فيما اذا وجد الوطء حقيقة بعد النكاح لانا نقول انما جعلنا هذا طلاقا بعد الدخول فى حق تكميل المهر والعدة لا فى حق جميع الاحكام كما ان الخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول فى حق

واما

(واذا طلق الذمى الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا) مراغمة على نية أن لا تعود الى دار الحرب أبدا يقال راغم فلان قومه اذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشى اذا خرج أحد الزوجين الينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا والآخر على حربه فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المرأة هى الخارجة فلا عدة عليها وانما قيد المصنف بقوله مسلمة بيانا للاحسن حالا انها (فان تزوجت جاز عند أبى حنيفة وقالا عليها وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف فى نكاحهم محارمهم) يعنى كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك (وقد بيناه فى كتاب النكاح) يعنى فى باب نكاح أهل الشرك

(قوله وانما قيد المصنف بقوله مسلمة الخ) أقول انما قيد بقوله مسلمة ليعلم أن حال غيرها بالطريق الاولى

(وأما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها) فى دار الحرب (لعدم تبليغ أحكام الشرع اياها وله قوله تعالى "ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) نفى الجناح فى نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص وقوله (ولان العدة حيث وجبت) دليل معقول وتقريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربى لانه ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك وقوله (الا أن تكون حاملا) يجوز أن يكون استثناء من قوله والحربى ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربى لا حق له (الا أن تكون امرأته حاملا لان فى بطنها ولدا ثابت النسب) والحمل الثابت النسب يكون أمنع من احتماله ألا ترى أن أم الولد اذا كانت حاملا لا يزوجها مولاها واذا كانت حائلا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم يكن ولقائل أن يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب أن قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن أبى حنيفة أنها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له

وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم أن تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بنى آدم والحربى ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا أن تكون حاملا لان فى بطنها ولدا ثابت النسب وعن أبى حنيفة أنه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والاول أصح

كافر وذلك فى دينهم جائز الى آخره أو المراد كلا من الاختلافين (وأما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة) لمسلمة فى دار الاسلام (لو وقعت بسبب آخر) غير التباين فى دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق (وجبت العدة فكذا بسبب التباين) وانما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ولو لم يخص بها لم تظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمى ذمية اذا كانوا يدينون ذلك (قوله بخلاف ما اذا هاجر الزوج) مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم صار مسلما أو ذميا (وتركها) فانه لا عدة عليها هنالك اجماعا حتى جاز له أن يتزوج أختها أو أربعا سواها كما دخل دار الاسلام (لعدم تبليغ الاحكام) لها فى دار الحرب لا لانها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا فى باب نكاح أهل الشرك انها حق الآدمى فتخاطب بها وقوله (وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) بعد قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالظنى وقوله تعالى يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء فى المطلقات فالحاق التباين بالطلاق قياسا يقيده بما بعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة فى النكاح الفاسد لا تجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها المهر لان التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء ولا اشكال فى وجوبها بالخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح وأما الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح فان كان يمكن الوطء مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة وان لم يجب كمال المهر وان اعترفا بعدم الدخول لانها حق الشرع والولد فلا يصدقان فى حق ابطال حق غيرهما وتقدمت هذه فى باب المهر وان هذا قول القدورى ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة فى كل صور الخلوة وعدة المستحاضة كغيرها الا انها ترد الى أيام عادتها فان نسيت عادتها اعتدت بثلاثة أشهر وكذا التى لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر

تكميل المهر ووجوب العدة لا فى حق جميع الاحكام حتى ان صريح الطلاق بينها بعد الخلوة الصحيحة وكذلك ان كان النكاح الاول فاسدا وكان دخل بها بشبهة ثم تزوجها نكاحا صحيحا فى العدة وان كان النكاح الاول صحيحا والثانى فاسدا ففرق بينهما قبل الدخول لا يجب المهر بالاتفاق (قوله وأما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر) نحو الموت ومطاوعة ابن الزوج (قوله بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها) أى فى دار الحرب لا تجب عليها العدة بالاتفاق لعدم تبليغ الخطاب لانها فى دار الحرب (قوله وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن) فقد أباح لنا نكاح المهاجرة بنفس الهجرة فمن قال لا يحل ما لم تحض ثلاث حيض بعد الهجرة فقد زاد على النص ثم وضع المسئلة فى المهاجرة المسلمة والحكم فى الذمية كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله خرج أحد الزوجين الينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا

قال المصنف (ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة) أقول ممنوع عند أبى حنيفة رحمه الله (قوله أمنع من احتماله) أقول فلا يلزم من منع الحمل منع الاحتمال (قوله والجواب أن) (قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله الخ) أقول فيه بحث والاصوب التشبث بقوله تعالى وأولات الاحمال الآية فان المراد أولات الاحمال عند الفرقة ولا فرقة فى الزنا ثم الحديث لا يدل على نفى النكاح بل يدل على نفى الوطء (قوله والاول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح الخ) أقول قد تقدم فى فصل المحرمات من كتاب النكاح ان امتناع النكاح فى ثابت النسب لحق

(فصل) لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من يجب وعلى من لا يجب ذكر فى هذا الفصل ما يجب على المعتدات أن يفعلنه وما لا يجب يقال بت طلاق المرأة وأبته والمبتوتة المرأة وأصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهى تقع على ثلاث وهى المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة بتطليقة بائنة (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) وهو ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها وأصل الحد المنع يقال أحدت المرأة احدادا فهى محدة منعت نفسها وحدت تحد حدادا (أما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا) وفى وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما هو فى الايجاب وقال فى النهاية يمكن أن يقال قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل نفى لاحلال الاحداد ونفى احلال الاحداد نفى الاحداد نفسه فحينئذ كان فى المستثنى اثبات الاحداد لامحالة وكان تقرير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد أربعة أشهر وعشرا فكان هذا حينئذ اخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان اخبار الشارع آكد من الامر وهذا أنسب ما وجدت فى الشروح فان قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب أجيب بان المراد بما فى الكتاب فرح خاص وأسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روى عن ابن مسعود (وأما) وجوب الاحداد على (المبتوتة فمذهبنا وقال

(فصل) قال (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد) أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا وأما المبتوتة فمذهبنا

فاما أن يكون الطلاق أو الموت فى غرة الشهر أو فى أثنائه ففى الاول يعتبر ثلاثة أشهر فى الطلاق وأربعة فى الوفاة بالاهلة وفى الثانى قال أبو حنيفة تعتبر الايام تسعين فى الطلاق ومائة وعشرين فى الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن أبى يوسف روايتان كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله

(فصل) لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر ما يجب فيها على المعتدات فانه فى المرتبة الثانية من أصل وجوبها (قوله وعلى المبتوتة) يعنى ويجب بسبب التزوج على المبتوتة وأصله المبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهى المختلعة والمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافا فى عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الاقارب وهل يباح قال محمد فى النوادر لا يحل الاحداد لمن مات أبوها أو أمها أو ابنها أو أخوها وانما هو فى الزوج خاصة قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما فى الحديث من اباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفى وجوبه على الرجعية وينبغى انها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها اذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه (قوله فلقوله صلى الله عليه وسلم الخ) فى الصحيحين من حديث زينب بنت أبى سلمة قالت توفى حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحته بذراعيها وقالت انما أصنع هذا لانى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا والحميم القريب وقد روى بلفظ آخر ووقع فيه مفسرا هكذا لما توفى أبوها أبو سفيان وفى لفظ البخارى فيه فوق ثلاثة أيام ولا يخفى انه لا دليل فيه على ايجاب الاحداد لان حاصله استثناؤه من نفى الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه وما

والآخر على حربه ثمة فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المرأة هى الخارجة فلا عدة عليها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله عليها العدة ولا نفقة لها وان كان الخارج هو الرجل فله أن يتزوج أربعا سواها وفيهن أختها والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) (قوله وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها) اذا كانت بالغة مسلمة الحداد (أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا) التمسك بالحديث فى ايجاب الاحداد مشكل لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها

صاحب الماء ولا حرمة للحربى فينبغى أن يجوز *(فصل)* وعلى المبتوتة (قوله وخضابها بعد وفاة زوجها) أقول الاولى أن يقال بعد فراق زوجها ليعم المبتوتة (قوله وقال فى النهاية يمكن أن يقال الى قوله وهذا أنسب ما وجدت فى الشروح) أقول ان أراد اتحاد النفيين فظاهر انه ليس كذلك وان أراد الاستلزام فعلى تقدير تسليمه لا ضرورة فى جعل الاستثناء من اللازم ثم أقول لو صح ما ذكره لاطرد فى أمثاله وليس كذلك (قوله فان قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وهو مذموم الخ) أقول ولك أن تقول المذموم هو التأسف على فوت النعم الدنيوية المحضة ونعمة النكاح ليست كذلك فانها من أسباب النجاة فى المعاد والدنيا

وقال الشافعى لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد أوحشها

قيل من أن نفى حل الاحداد نفى الاحداد فاستثناؤه استثناء من نفيه وهو اثباته فيصير حاصله لا احداد الا من زوج فانها تحد وذلك يقتضى الوجوب لان الاخبار يفيده على ما عرف ومن أن نفى حل الاحداد ايجاب الزينة فاستثناؤه استثناء من الايجاب فيكون ايجابا لان الاصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم اذ يمنع كون نفى حل الشئ الحسى نفيا له عن الوجود لغة أو شرعا ليتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفى له عن الحل ولو سلم فوجود الشئ فى الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب وأيضا استثناء الاحداد من ايجاب الزينة حاصله نفى وجوب الزينة وهو معنى حل الاحداد واتحاد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالاول فلذا قال ظهير الدين وما قالوه ما فيه ثلج الفؤاد وعن هذا ذهب الشعبى والحسن البصرى الى أنه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما أخرجه أبو داود فى مراسيله عن عمرو بن شعيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة أن تحد على زوجها حتى تنقضى عدتها وعلى من سواه ثلاثة أيام والحق ان الاستدلال بنحو حديث حفصة فى صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا فان فيه تصريحا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوما بارادة الاخبار بوجود فعلها منه بطريق الحمل لظهور ارادته فى حديث آخر ولم يخف أن الاخبار الموجب للوجوب الاخبار بصدور الفعل بالنسبة الى المكلف لا بالنسبة الى ثبوته شرعا مثلا اذا قال الحداد تفعله المرأة أفاد الوجوب لا اذا قال الحداد ثابت شرعا فانه أعم ومن الادلة فيه حديث أم عطية فى الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار فصرح بالنهى فى تفصيل معنى ترك الاحداد والنبذة بضم النون الشئ اليسير والقسط والاظفار نوعان من البخور رخص فيه فى الغسل من الحيض فى تطييب المحل وازالة كراهته وحديث أم سلمة فى الصحيحين أيضا قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها أفنكحلها بضم الحاء فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هى أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول قالت زينب كانت المرأة اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيأ حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به فقلما تفتض بشئ الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل أى تكسر ما هى فيه من العدة بطائر أو نحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا يكاد يعيش ما تفتض به فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك وقيل الافتضاض الانقاء بالغسل ليصير كالفضة فهو منه والاول أحسن (قوله وقال الشافعى رحمه الله لا احداد عليها) أى على المبتوتة لانه لاظهار التأسف وهو فى الموت لصبره على صحبتها الى الموت بخلاف ابتدائه لطلاقها ثلاثا فانه موحشها وخلعه لانها راغبة فيه لما كان سؤالها قلنا فى

زوجها لانه استثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال ولا كلام فيه انما الكلام فى الايجاب والحديث لا يدل عليه وأجيب بان قوله لا يحل نفى لاحلال الاحداد ونفى احلال الاحداد نفى الاحداد فيكون الاستثناء اثباتا للاحداد فصار التقدير لا تحد امرأة على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا وقد روى هذا الحديث فى الصحيح والمبسوط لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا ووجه التمسك به على هذا الوجه ظاهر فانه اخبار عن احدادها والاخبار فى اقتضاء الفعل آكد من الامر على ما عرف فيكون الاحداد واجبا (قوله

وقال الشافعى لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وهذا قد أوحشها

بالابانة فلا تاسف على فوته (ولنا ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب) روته أم سلمة ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ماروى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله (ولانه وجب) دليل معقول ويجوز أن يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره أن النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها (١٦٢) أن تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها

كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف فان قيل ان تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه فكيف تتاسف فالجواب أن الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التاسف بوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الازواج أيضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما الا انا نقول النص لم يرد الا في الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهم أدنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج وقوله (والحداد ويقال الاحداد) تعريف للحداد وكان موضعه أول الكلام

بالابانة فلا تأسف بفوته ولنا ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها (والحداد) ويقال الاحداد وهما لغتان (أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع)

محل النزاع نص وهو ماروى عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره السروجي حديثا واحدا وعزاه للنسائي هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب والله أعلم به ويجوز كونه في بعض كتبه وأما جعله حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث أبي داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب قلت فبأي شيء أمتشط يارسول الله قال بالسدر تغلفين به رأسك فمع الطعن في اسناده لا يفيد المقصود فانه في معتدة عن وفاة ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس على عدة المتوفى عنها بجامع اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم ان ما عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل في المحل أيضا اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح التي هي من أسباب النجاة في المعاد والدنيا فانه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعا في هذه المدة فتمتنع دواعيه دفعا لما يدافع عن أداء الواجب وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضا عند قوله وفيه وجهان الى آخره لكن ظاهره انه ذكر على انه علة أخرى والتحقيق انه حكمة لان المنضبط فوات ما قلناه بخلاف ماهو دواعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجد في محل ثبت معه ذلك الحكم ففي المبتوتة ان فقد التاسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من اظهار التاسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها منوطا به لزم كون وجوبه تبعا للعدة بالنص أو معلولا بالآخر فقط لكن منع بان المراد بقوله تعالى لكيلا تأسوا الآية الاسى مع الصياح والفرح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا (قوله والحداد ويقال الاحداد) فمن الاول يقال حدت المرأة تحد من باب نصر ومن باب ضرب أيضا حدادا فهي حاد ومن الثاني يقال أحدت تحد احدادا فهي محد (قوله ان تترك الطيب)

لانه يجب اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح) فان قيل لو شرع الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب على الزوج كما وجب على الزوجة لان نعمة الزوجية مشتركة بينهما قلنا الحداد ما وجب الا تبعا للعدة وهي عليها لا عليه فلو وجب الحداد عليه لوجب قصدا وانه لم يشرع قصدا ولهذا لم يشرع لفوات الاب مع انه مسبب لوجودها

وأتى بالجامع الصغير لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوجع اشارة الى أن العذر هو التداوي لا الزينة والمعنى

(قوله ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها) أقول فيقتضي أن يجب الحداد على المطلقة الرجعية في العدة والجواب ان كونها معتدة متردد غير متبين ما دامت في المدة فاذا انقضت ولم يراجعها ظهر ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده والمدة عدة كما تقدم فلم تكن معتدة على الكمال (قوله ويجوز أن يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة) أقول فيه بحث (قوله ومناط حكمه اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الخ) أقول ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الا على زوج يدل على انه لفوات الزوج فلتتامل

وقوله (والمعنى فيه) أي في ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان أحدهما (١٦٣) ماذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها لان المرأة ان كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها (وهي ممنوعة عن النكاح) مادامت في عدة الوفاة أو الطلاق (فتجتنبها كي لا تصير ذريعة) أي وسيلة (الى الوقوع في المحرم) وهو النكاح (وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال) روى عن أم سلمة رضي الله عنها انها قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها أفنكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا وقوله (والمراد الدواء) يعني ينبغي أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الحناء طيب

(قوله روى عن أم سلمة رضي الله عنها الى قوله فقال صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا) أقول فان قيل مقتضى الحديث أن لا يجوز بعذر كما هو مذهب الظاهرية لا يجوزون الاكتحال ولو من وجع للحديث قلنا الجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها قال الكمال الدميري في شرح منهاج النووي وزاد

والمعنى فيه وجهان أحدهما ماذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كي لا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح أن النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به (ولا تختضب بالحناء) لما روينا (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران) لانه يفوح منه رائحة الطيب

ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه (قوله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم) تقدم (قوله والدهن لا يعرى عن نوع طيب) اما في ذاته أو في المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته وقد وقع للزيلعي مخرج الاحاديث هنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف انه صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال وأما الدهن فقريب وهو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فالحقه الحافظ (قوله قال الا من عذر) لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى أنها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا مؤكدا عن الكحل التي اشتكت عينها والجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها وكذا قال المصنف فان كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء في حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فارسلت مولاة لها الى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحلي منه الا من أمر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على صبرا فقال ما هذا يا أم سلمة فقلت انما هي صبر يارسول الله فقال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب الحديث رواه أحمد وغيره لكن أمها مجهولة وتمتشط بأسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط وأطلقه الائمة الثلاثة وقد ورد في الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة نعم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل وأجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعي الا لضرورة لحصول الزينة به وأجازه الامامان والظاهرية (قوله لعذر) كالحكة والقمل والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ ينفيه وقد صرح بمنع الحلي في الحديث على ما سنذكره ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق الا العصب فشمل منع الاسود (قوله لانه يفوح الخ) يفيد انه اذا كان خلقا لا رائحة له يجوز وفي الكافي قال اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها ان كان لها وروى مالك وأبو داود والنسائي عن أم سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل هذا لفظ أبي داود والمشق المغرة ولا تلبس العصب عندنا وأجاز الشافعي رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون غليظه واختلف

وحيائها لعلم العدة فان قيل كيف يجوز اظهار التاسف وقد قال الله تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم قلنا المراد بهما الفرح مع الصياح والاسى مع الصياح كذا عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وعلى المختلعة الحداد لان وجوبه بدور مع فوت نعمة النكاح وقد فاتت وان طلبت الخلاص منه حيث افتدت نفسها بالمال (قوله وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه بان

عبد الحق فيه انها قالت يارسول الله انى أخشى أن تنفقئ عينها قال وان انفقأت اه فهذا يدل على ماذهب اليه الظاهرية الا أنه يقال بعدم صحته وفيه تأمل

قال (ولا حداد على كافرة) هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم أما الكافرة وهي الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه أشار الى ذلك قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر وأما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في أثنائها استطرادا وهو ظاهر وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والاصل هو الاباحة في الزينة لاسيما في النساء

قال (ولا حداد على كافرة) لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا على صغيرة) لان الخطاب موضوع عنها (وعلى الامة الاحداد) لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته قال (وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد)

الحنابلة فيه وفي تفسيره في الصحاح العصب ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك وفي المغني الصحيح انه نبت يصبغ به الثياب وفسرت في الحديث بانها ثياب من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة وجعله الظاهرية كالاحمر والاخضر (قوله ولا حداد على كافرة) لا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة خلافا للشافعي ومالك لانه يجب لموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند موت الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ولذا شرط الايمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كما تعم العدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة على ما أسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلوا كتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتين (قوله وعلى الامة الحداد) يعني اذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت العلة الموجبة لانها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس في الاحداد فوات حقه في الاستخدام بخلاف المنع من الخروج فانه لو لزمها في العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدتها كي لا يفوت حقه في استخدامها وحق العبد مقدم على حق الشرع باذنه لغناه قال تعالى الا ما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة فالجواب انها لم تفت لقيام الحل والكفاية غاية الامر انه ثبت على وجه أحط من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا أثر لهذا القدر من الاحطية فان نعمة النكاح ليس فواتها مؤثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات ما فيها من انها سبب لصونها وكفاية مؤنتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب للحداد وبهذا التقرير يندفع اشكال انه لا ينوب الادنى وهو هذا الحل عن الاعلى والتفصي عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة الا أنه لم يظهر لكونها حلالا حتى لو أعتقها ظهر فانه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها انه وجوب لا فائدة فيه لان لها الزينة والتطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة (قوله وليس في عدة أم الولد من وفاة سيدها أو اعتاقها حداد) وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة

كانت بها حكة (قوله ولا حداد على كافرة) الحداد لا يجب على خمس نسوة المطلقة طلاقا رجعيا والمعتدة عن نكاح فاسد والكتابية والصبية وأم الولد اذا أعتقت (قوله لان الخطاب موضوع عنها) ولا يلزم على

قال المصنف (ولا حداد على كافرة) أقول قال ابن الهمام ولا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة خلافا للشافعي ومالك رحمهما الله لانه يجب بموت الزوج فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه ولا يخاطب هؤلاء به ولهذا شرط الايمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث قولهم كما تعم العدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة كما أسلفناه بتحقيقه والعدة اللازمة لهن بكل من المفهومين الآخرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فانه فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلوا كتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لا يأثمن لعدم التكليف به نعم قد يثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتين اهـ في قوله فلا بد فيه من خطاب التكليف بحث لانه لم لا يجوز أن يكون للاولياء لانها

قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده فان قيل قد ذكر المصنف ان وجوب الحداد لاظهار التأسف وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لانهما ممنوعتان عن النكاح حال قيام عدتهما وكان ينبغي أن يجب الحداد عليهما للوجه الثاني أجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة وأرى ان قوله والاباحة الاصلية اشارة الى الجواب عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما أحد الوجهين عارضت الاباحة الاصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة) لقوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله (ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى أن قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض أن تذكر شيئا تدل به على شيء آخر وقد فسره ابن عباس في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله أكننتم في أنفسكم أي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أي وطأ لانه مما يسر الا أن تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن أي لا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل) الذي كانت فيه وقت المفارقة الا اذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه أو يغار فيه على نفسها أو مالها أو أخرجها أهل المنزل بان كانت تسكن بكراء وكان زوجها غائبا أولها تقدر على الاجرة (والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا

لانهما ما فاتهما نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة أصل (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنهما التعريض أن يقول اني أريد أن أتزوج وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في القول المعروف اني فيك لراغب واني أريد أن نجتمع (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا

فاسد لانهن ما فاتهن نعمة النكاح (والاصل الاباحة) أي اباحة الزينة وهذا لان بالاعتاق يزول الرق الذي هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الاسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر وأورد عليه انه فوات علة معينة وقدم المصنف للاحداد علة أخرى وهو كون هذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منهما يستقل وهذه موجودة هنا فينبغي أن يجب الحداد وأجيب بان كونهما ممنوعتين عن النكاح حكمة وجوب الحداد لا علته بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معها وجودا وعدما كذا قيل وهو بالضعيف جدير وفي النهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف في مسئلة الاستبراء (قوله ولا باس بالتعريض في الخطبة) أراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولافضائه الى عداوة المطلق والتعريض أن يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم به يقول اني أريد أن أتزوج أو وددت أن يتيسر لي امرأة صالحة وقال القاسم يقول انك علي كريمة واني فيك لراغب وان الله لسائق اليك خيرا أو نحو هذا وأخرج البيهقي عن سعيد بن جبير الا أن تقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو أن نجتمع وليس في هذا تصريح بالتزوج والنكاح ونحوه انك لجميلة أو صالحة ولا يصرح بنكاحها فلا يقول اني أريد أن أنكحك أو أتزوجك وسبك الآية ولا جناح عليكم فيما عرضتم به أي فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن أو أكننتم أي أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم

هذا وجوب العدة على الصغيرة لانها لا تخاطب بها لكن يخاطب الولي بان لا يزوجها حتى تنقضي عدتها على ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجه خطاب الشرع بخلاف الحداد فان قيل وجب أن يؤمر وليها بالمنع عن الخروج كما يؤمر بمنعها عن محرمات الشرع قلنا في أمر الولي بالمنع عن الخروج وترك الزينة لا يحصل المقصود وهو اظهار التأسف لان الصغيرة لا تأسف لها بخلاف المنع عن محرمات الشرع لانه اشتمل على المقصود وهو الاجتناب عن القبيح (قوله والاباحة أصل) أي اباحة استعمال الطيب أصل قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده أي من الثياب وما يتجمل به والاستفهام لانكار تحريم هذه الاشياء (قوله ولا باس بالتعريض في الخطبة) ذكر في النهاية أراد به المتوفى عنها زوجها لان التعريض لا يجوز للمطلقة لانه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض لها على وجه يخفى على الناس فاما المتوفى عنها زوجها يباح لها الخروج نهارا فيمكنه التعريض لها على وجه لا يقف عليه سواها كذا في شرح التأويلات والتعريض أن يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره (قوله ولكن لا تواعدوهن سرا)

و بعض الليل ولا تبيت فى غير منزلها) أما المطلقة فلقوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد وأما المتوفى عنها زوجها فلانه لانفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى أن يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لاتخرج لانها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها (وعلى المعتدة ان تعتد فى المنزل الذى يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت) لقوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذى تسكنه ولهذا لو زارت أهلها

الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لاتواعدوهن سرا أى نكاحا فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سرا لانه سبب السر الذى هو الوطء فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور فى الكتاب غريب الا أن تقولوا قولا معروفا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا فى السر والاستدراك يتعلق بالمحذوف الذى أبرزنا صورته وهو فاذكروهن والله أعلم (قوله وبعض الليل) يخصه من التعليل قوله وقد يمتد الى أن يهجم الليل وقد روى عن محمد المتوفى عنها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل قال الحلوانى هذه الرواية صحيحة لان المحرم عليها البيتوتة فى غير منزلها والبيتوتة هى الكينونة فى جميع الليل نقله فى الكافى وقدم قبله ما ينفى اختيار صحتها وهو قوله لان نفقتها عليها وعسى لا تجد من يكفيها مؤنتها فتحتاج الى الخروج لنفقتها غير ان أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالى فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليالى انتهى و يعرف من التعليل أيضا انها اذا كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها أن تخرج لزيارة ونحوها ليلا ولا نهارا والحاصل أن مدار الحل كون غيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فيتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها (قوله أما المطلقة فلقوله تعالى لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية) اشتملت على نهى لازواج عن اخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن أو لحاجتهم الى المساكن وعلى نهى المطلقات عن الخروج ونهيهن أبلغ لانه أوقع بلفظ الخبر الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قاله النخعى وبه أخذ أبو حنيفة وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وأن تكون بذية اللسان على احمائها وقول ابن مسعود أظهر من جهة وضع اللفظ لان الا أن غاية والشئ لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعى أبدع وأعذب فى الكلام كما يقال فى الخطابيات لا تزنى الا أن تكون فاسقا ولا تشتم أمك الا أن تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا يخرج اظهار عذوبته عن غرضنا (قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا) لانها قد تحتاج كالمتوفى عنها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هى التى أبطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار فى ابطال حق عليها وبه كان يفتى الصدر الشهيد وصححه فى جامع قاضيخان وهذا كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج وأما أن يحل لها الخروج فلا والحق أن على المفتى أن ينظر فى خصوص الوقائع فان علم فى واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة ان لم تخرج أفتاها بالحل وان علم قدرتها أفتاها بالحرمة (قوله ولهذا) أى لان البيت المضاف اليها هو الذى تسكنه لو زارت أهلها والزوج معها

أى فاذكروهن ولكن لاتواعدوهن سرا أى وطأ لانه مما يسر الا أن تقولوا قولا معروفا وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن أى لاتواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا فى الكشاف (قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا) ولو اختلعت على أن لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج فاما أن يحل لها الخروج فلا وعن محمد رحمه الله انه قال المتوفى عنها زوجها لا بأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل (قوله ولهذا لو زارت أهلها

وطلقها

وبعض الليل ولا تبيت فى غير منزلها أما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى واتقوا الله ربكم لاتخرجوهن من بيوتهن الا أن يأتين بفاحشة مبينة) واختلف فى تفسير الفاحشة فقيل هى نفس الخروج قاله ابراهيم النخعى وبه أخذ أبو حنيفة فيكون معناها الا أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبى عليه السلام الا كافر ولا يزنى أحد الا أن يكون فاسقا (وقيل هى الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن) قاله ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف وقال ابن عباس هى نشوزها وأن تكون بذية اللسان تبذو على أحماء زوجها وقوله (وأما المتوفى عنها زوجها) واضح

وطلقها زوجها كان عليها أن تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتى قتل زوجها اسكنى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله (وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه (ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لابد من سترة بينهما ثم لا بأس به) لانه معترف بالحرمة الا أن يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى أن يخرج هو ويتركها (وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن

أولا فطلقها كان عليها أن تعود الى منزلها ذلك فتعتد (قوله وقال صلى الله عليه وسلم) تأييد للاستدلال بالكتاب بان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب وهو ما أخرج أصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهى أخت أبى سعيد الخدرى انها جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فتسأله أن ترجع الى أهلها فى بنى خدرة وان زوجها خرج فى طلب أعبدله أبقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع الى أهلى فان زوجى لم يترك لى مسكنا يملكه ولا نفقة فقالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم قالت فانصرفت حتى اذا كنت فى الحجرة أو فى المسجد نادانى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أمر بى فنوديت له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التى ذكرت له من شان زوجى قال امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان أرسل الى فسألنى عن ذلك فأخبرته فاتبعه انتهى ورواه مالك فى الموطا وابن حبان فى صحيحه وأخرجه الحاكم عن اسحق بن سعيد ابن كعب بن عجرة حدثتنى زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلى هذا حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن اسحق وهو أشهرهما واسحق بن سعد بن كعب وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الانصارى وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن اسحق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بان الحديث صحيح فان سعيد بن اسحق ثقة وممن وثقه النسائى وزينب كذلك ثقة وقال الترمذى حديث صحيح وفى تصحيحه توثيقهما ولا يضر الثقة أن لا يروى عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به وأما ما روى الدارقطنى أنه صلى الله عليه وسلم أمر المتوفى عنها زوجها أن تعتد حيث شاءت فقال فيه لم يسنده غير أبى مالك النخعى وهو ضعيف وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز أيضا ضعيف وعطاء بن المسيب مختلط وأبو بكر بن مالك أضعفهم فلذلك أعله الدارقطنى به وذكر الجمع أصوب لاحتمال أن تكون الجناية من غيره انتهى كلامه (قوله وصار كما اذا خافت على متاعها اللصوص الخ) أى فانها تخرج لانه عذر واذا خرجت الى منزل للعذر صار الثانى كالاول فلا تخرج منه الا لعذر وتعيين الموضع الذى تنتقل اليه فى عدة الطلاق الى الزوج وفى عدة الوفاة اليها لانها مستبدة فى أمر السكنى حتى ان أجرة المنزل ان كان بأجر عليها وعليها أن تسكن فيه الا أن لا تجد الكراء وتجد ما هو بلا كراء فلها أن تتحول اليه وكذا فى الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة الى صحن الدار التى فيها منازل الاجانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع اليه فان لم يكن فى الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة عن الدار وتبيت فى أى بيت شاءت منها (قوله ثم لابد من سترة بينهما) يعنى اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد كى لا تقع الخلوة بالاجنبية

وطلقها زوجها كان عليها أن تعود الى منزلها) أى من غير تأخير وكذا لو كان معها زوجها (قوله ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لابد من سترة بينهما يعنى) اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد وكذا هذا فى الوفاة اذا كان من ورثته ليس بمحرم لها كذا فى المبسوط (قوله ثم لا بأس) أى بالمساكنة بعد اتخاذ السترة (قوله والاولى أن يخرج هو ويتركها) لان مكثها فى منزل الزوج واجب ومكثه فيه ليس بواجب

وقوله (وقال صلى الله عليه وسلم للتى قتل زوجها) هى فريعة بنت مالك بن أبى سنان أخت أبى سعيد الخدرى لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت أن تعتد فى بنى خدرة لا فى بيت زوجها فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها أعيدى المسئلة فأعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب أجله يعنى لا تخرجى حتى تنقضى عدتك وفى هذا الحديث دليل على حكمين على أنها يجب عليها أن تعتد فى منزل الزوج وعلى أن الخروج فى بعض النهار لقضاء حوائجها جائز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وقوله (والأولى أن يخرج هو ويتركها) لان مكثها فى منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب

(قوله وعلى أن الخروج فى بعض النهار لقضاء حوائجها جائز الخ) أقول كان المرخص خروجها لطلب المعاش والخروج للسؤال عما يهمها من أمر دينها غير ذلك فان المذهب ان الزوج يضرب المرأة على الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء فى حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتى لها وهو غير عالم فليتأمل ذكره ابن الهمام فى آخر القسم (قوله ورعاية الواجب أولى) أقول بل رعاية الواجب واجب

أولى وقوله (وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج) يشير الى أن ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذى تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت لعذر فان التعيين اليها لاستبدادها فى أمر السكنى وقوله (واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها) هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو اما أن يكون بينها و بين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها و بين مقصدها ثلاثة أيام أو دونها اما اذا كان ثلاثة أيام فظاهر لان المضى الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان أقل منها فلانها كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر فى العدة تعين ذلك عليها وان كان الثانى فلا يخلو اما أن يكون بينها و بين المقصد أيضا ثلاثة أيام أو أقل فان كان ثلاثة أيام فهى بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت (١٦٨) سواء كان معها ولى أو لم يكن لان المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج

لان وضع المسئلة فى الخروج الى مكة وغالب طرقها مفازة ومعطش فلابد من الخروج قيل و ينبغى أن تختار أقرب الجانبين وهى فى هذه المسئلة كالتى أسلمت فى دار الحرب لها أن تهاجر من غير محرم لانها خائفة على نفسها و دينها فهذه فى المفازة كذلك وقال المصنف (الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج) وان كان أقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا تكون منشئة سفرا ولا سائرة فى العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا فاذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف فى الكتاب هذا الشق اعتمادا على أنه يفهم من الشق الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان أحدهما أقل تعين وقوله (الا أن يكون طلقها أو مات عنها فى مصر) استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعنى أن لها الخيار فى ذلك الا اذا كانت المفارقة فى مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف و محمد ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل أن تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة و وحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا.

وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها فى غير مصر فان كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت الى مصرها) لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وان كانت مسيرة ثلاثة أيام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان معها ولى أو لم يكن) معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة أيام أيضا لان المكث فى ذلك المكان أخوف عليها من الخروج الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج قال (الا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها فى مصر فانها لا تخرج حتى

وكذا هذا فى الوفاة اذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا بأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل وانما اكتفى به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم الا أن يكون فاسقا فحينئذ تخرج لانه عذر والاولى أن يخرج هو وكذا فى كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج الاولى ان يخرج هو ولعل المراد انه أرجح فيجب الحكم به كما يقال اذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى و يراد ما قلنا وهذا لانهم علوا أولوية خروجه بان مكثها واجب لا مكثه ومتى انتقلت فتعيين المكان اليه كما ذكرنا آنفا (قوله واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة أو غيرها) المقصود اذا سافر بها فطلقها فاما رجعيا أو بائنا ففى الرجعى تتبع زوجها حيث مضى لان النكاح قائم وان كان بائنا أو مات عنها و بينها و بين كل من مصرها ومقصدها أقل من السفر فان شاءت مضت الى المقصد وان شاءت رجعت سواء كانت فى مصر أو لا معها محرم أو لا لانه ليس فى ذلك انشاء سفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها مادون السفر مباح اذا مست الحاجة اليه بمحرم و بغيره الا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد فى منزل الزوج كذا فى الدراية واطلاق المصنف يقتضى انه اذا كان بينها و بين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها و بين مقصدها سفر أو دونه أما ان كان مدة سفر فظاهر لان المضى الى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما ان كان مادونها فترجع أيضا لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر فى العدة تعين عليها ذلك كذا فى النهاية وهو أوجه (قوله ومعناه اذا كان الى المقصد ثلاثة أيام) فصاعدا فاذا كان دونها الى المقصد لا تخيير بل يتعين عليها الذهاب الى المقصد (قوله الا أن يكون) استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت أى فى جميع الاحوال الا فى حال يكون طلقها أو مات عنها

فكان انتقاله أولى واذا انتقلت كان تعيين الموضع الذى تنتقل اليه الى الزوج وفى الوفاة تعيينه اليها (قوله فى غير مصر) أى فى مفازة (قوله فان كان بينها و بين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت الى مصرها) أى سواء كان بينها و بين المقصد مدة السفر أو دونه (قوله الا أن يكون طلقها أو مات عنها فى مصر) المصر

(قوله واذا مضت كانت مسافرة) أقول فى الاغلب والاظهر أن لا يكون بين مصرها ومكة مدة السفر فالاولى أن يعلل بما يشمل تلك الصورة (قوله لان نفس الخروج مباح بالاتفاق) أقول فيما اذا كان فى مصر و كان بينها و بين مصرها أقل من مدة السفر الا ان الامام أبا حنيفة رحمه الله يقول هو بناء على الخروج الاول لانه انشاء للخروج وفيما نحن فيه تكون منشئة للسفر فتدبر

وقوله (وهذا عذر) اشارة الى نكتة أخرى هى أن التربص على المعتدة فى منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره وأذى الغربة و وحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضى وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابى حنيفة ان العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم لما (١٦٩) ذكره فى الكتاب وهو واضح *(باب ثبوت النسب)* لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الاحمال وهو ثبوت النسب فى هذا الباب (ومن قال ان تزوجتك فلانة فهى طالق فتزوجها فولدت لستة أشهر من يوم تزوجها) أى من وقت تزوجها لان اليوم

تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف و محمد ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد) لهما أن نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة و وحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى مادون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففى العدة أولى

(باب ثبوت النسب)

(ومن قال ان تزوجت فلانة فهى طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها

فى مصر فانها لا تخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبى حنيفة سواء كان معها محرم أو لا وحاصل وجوه المسئلة ما أن يكون بينها و بين مصرها ومقصدها أقل من السفر فتتخير والاولى الرجوع على ما فى الكافى وعلى ما فى النهاية وغيرها يتعين الرجوع أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار مادونه لانها باختيار مقابله منشئة سفرا دون اختياره فان كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون فى مفازة أو مصر فان كانت فى مفازة فان شاءت مضت وان شاءت رجعت بمحرم أو لا لان ما يخاف عليها فى ذلك المكان أشد مما يخاف عليها فى الخروج والاولى أن تختار الرجوع لما قلنا وان كانت فى مصر لم تخرج بغير محرم لان ما يخاف فى السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها فى المصر فكان المكث فى المصر أولى بخلاف المفازة فان كان معها محرم لم تخرج عند أبى حنيفة فى العدة وقالا تخرج وهو قول أبى حنيفة أولا وقوله الآخر أظهر لهما انها فى غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت فى غير المصر وهذا لان أصل الخروج مطلق لها اجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة و وحشة الانفراد ومتى قلنا لها أن تخرج الى مادون السفر بلا محرم فاذا بطل معنى السفر بالمحرم بقى مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة اذ الغريب يؤذى و يهان فاشبه المفازة وله ان تأثير العدة فى المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم فى المنع من السفر فالعدة أولى ومادون السفر انما أبيح مع قيام العدة باعتبار انه ليس بخروج لانه بناء على الخروج الاول لا لان أصل الخروج مباح وهى هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم واذا تناوله لم يسقط بالمحرم لانه لا يرتفع به حرمة الخروج بسبب العدة وفى البدائع لو كانت الجهتان مدة سفر فضت أو رجعت و بلغت أدنى المواضع التى تصلح للاقامة أقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بلا خلاف وكذا ان وجدت عند أبى حنيفة ومثله فى المحيط وفيه البدوى طلق امرأته فاراد نقلها الى مكان آخر فى الكلا والماء فان لم تتضرر بتركها فى ذلك الموضع فى نفسها أو مالها ليس له ذلك وان تضررت فله ذلك اذ الضرورات تبيح المحظورات والله سبحانه أعلم

(باب ثبوت النسب)

أعقبه العدة لان مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الآخر فى الحال أى فى حال معرفة عدم الحبل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة (قوله ومن قال ان تزوجت فلانة أو امرأة فهى طالق فتزوج فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها) لا أقل

ليس بشرط وكذا الحكم فى قرية تقدر على المقام بها والله تعالى أعلم بالصواب

(باب ثبوت النسب)

(قوله فولدت ولدا لستة أشهر) أى من غير زيادة ولا نقصان لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من حين

(قوله وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة أخرى الخ) أقول يعنى سلمنا انه ليس بمباح لكنه رخص لها بعذر فان قيل المباح فى كلام المصنف حينئذ بمعنى المرخص بعذر فلا فرق بين النكتتين لاتحادهما معنى قلنا لا نسلم انه بمعنى المرخص فانه اذا كان بينها و بين مصرها أقل من مدة السفر وكانت فى مصر يباح لها أن تخرج وترجع الى مصرها فيحمل الاولى ذلك فتامل

(باب ثبوت النسب)

قال المصنف (ومن قال ان تزوجت فلانة فهى طالق الخ) أقول وفى الوقاية من قال لها ان نكحتها فهى طالق فنكحها فولدت لنصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اهـ وقال العلامة صدر الشريعة فى تعليلها لانه لا يبعد ان الزوج والزوجة وكلا بالنكاح فالوكيلان انكحاها فى ليلة معينة والزوج وطئها فى تلك الليلة و وجد العلوق ولا يعلم ان النكاح مقدم على العلوق أو مؤخر فلا بد من الحمل على المقارنة على أن الزوج ان علم انه لم يكن على هذه الصفة وانه لم يطأها فى تلك الليلة فهو قادر على اللعان فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الامكان اهـ وفيه بحث وكيف يقدر على اللعان لا يتم به ثم من شرائط اللعان قيام الزوجية وهى مطلقة عقيب النكاح

قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان (فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله) أي قبل الطلاق (في حالة النكاح فان قيل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب ألا ترى أن نسب ولد جاءت به امرأة الصبي لا يثبت لذلك أجاب بقوله والتصور ثابت بان يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم أجاب بقوله

فهو ابنه وعليه المهر) اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته

ولا أكثر (فهو ابنه وعليه المهر) يريد من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المصنف على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال في اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فافاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتاخر عنه لا بزمان وان لطف كما قيل لانه لا يتخلل بينهما آن خال بل أول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما حققناه في الطلاق لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان تزوجها وهو يخالطها وطئا ويسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والاحسن تجويز أنهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية أثر النكاح أعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها اذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضيخان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش

تزوجها لا يثبت النسب لان علوق هذا الولد كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يثبت النسب أيضا لانه حين طلق حكمنا انه لا عدة عليها الا انها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج لانها لما جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى أبعد الاوقات وذلك لا يجوز والمراد من قوله يوم تزوجها حين تزوجها (قوله فقد جاءت به لاقل منها) من وقت الطلاق لان التزوج شرط الطلاق والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف (قوله بان تزوجها وهو يخالطها) خالط امرأة فدخل عليها الرجال فتزوجها وهو يخالطها والداخلون يسمعون كلامهما فوافق الانزال النكاح فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة لان الطلاق

(والنسب يحتاط في اثباته) يعني وان كان نادرا لكن النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا اذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لاكثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها الا انها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما أن يكون منه أو من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى أبعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكره في الكتاب وهو واضح وأما

(قوله قرن بفعل غير ممتد) أقول يعني التزوج (قوله فهو ابنه) أقول كان الظاهر فهو ولده ولعل ذكر الابن على سبيل التفاؤل (قوله وبدون ذلك لا يثبت النسب) أقول أشار بقوله ذلك الى الوطء (قوله وأما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب الى قوله ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم الخ) أقول وأنت خبير بان تعيين وقت الطلاق وتمييزه من وقت النكاح سيما بعد شهور وليس بينهما تخلل زمان مما يتعسر على حذاق الموقتين بل يتعذر فليتدبر (قوله والطلاق الواقع من حيث الظاهر الخ) أقول فانه كان مبنيا على النكاح فاذا بطل بطل

وأما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به

بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله أثره لا يقال مقتضاه ان تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر وقد عينوا لثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل لانا نقول انما لم يثبتوه في الاقل لان العلوق حينئذ من زوج آخر قبل النكاح وأما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطأ بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى أن نفيهم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ولا موجب للصرف عنه ينافي الاحتياط في اثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة أشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل أكثر منها وربما تمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فاي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري أي الاحتمالين أبعد الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها ويسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد أو احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره ولاستبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق أن التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جني وأما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطئا حكما فعليه المهر وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس وهو رواية أبي يوسف مهر ونصف أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فللدخول انتهى وعبارة أبي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه أبو الليث ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا أن أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد بذلك الصداق واشبه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة للمتامل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهرة في نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك وانما اشبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة بل يحكم بانه مقارن له أو للنكاح فاقل الامر كونه قبله أولا مشتبه ذلك وضمير به في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب واعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا بما ذكر من تزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا وقدمناه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال ما يطؤها عليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا أكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكلا لمخالفته لصريح المذهب وأيضا الفعل واحد وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطء أما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح أبي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي أن لا يجب عليهما الحد ويجب مهر المثل وقالوا يجب عليهما قال قد كنت أفتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من

لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون بعد الطلاق أو معه وعليه المهر وفي القياس وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله مهر ونصف مهر أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فبالدخول وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله عن نصير رحمه الله تزوج امرأة في حال ما يطؤها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط

وفي رواية عن أبي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فبالدخول

قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان (فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانه افراشه لانها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله) أي قبل الطلاق (في حالة النكاح فان قيل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والاعلاق لانه كما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب ألا ترى أن نسب ولد جاءت به امرأة الصبي لا يثبت لذلك أجاب بقوله والتصور ثابت بان يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يبنى عليه الحكم أجاب بقوله (والنسب يحتاط في اثباته) يعني وان كان نادرا لكن النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا اذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان ولدت لا كثر منها لانه حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما أن يكون منه أو من غيره فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى أبعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلما ذكره في الكتاب وهو واضح وأما

فهو ابنه وعليه المهر) اما النسب فلانه افراشه لانها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته

ولا أكثر (فهو ابنه وعليه المهر) يريد من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المصنف على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانه افراشه قال في اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فافاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتاخر عنه لا بزمان وان لطف كما قيل لانه لا يتخلل بينهما آن خال بل أول آنات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما حققناه في الطلاق لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان تزوجها وهو يخالطها وطأ ويسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والاحسن تجويز أنهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية أثر النكاح أعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها اذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضيخان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش

تزوجها لا يثبت النسب لان علوق هذا الولد كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وان جاءت به لا كثر من ستة أشهر لا يثبت النسب أيضا لانه حين طلق حكمنا انه لا عدة عليها لانها مطلقة قبل الدخول والخلوة ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج لانها لما جاءت به لستة أشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فجعلنا العلوق منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى أبعد الاوقات وذلك لا يجوز والمراد من قوله يوم تزوجها حين تزوجها (قوله فقد جاءت به لاقل منها) من وقت الطلاق لان التزوج شرط الطلاق والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف (قوله بان تزوجها وهو يخالطها) خالط امرأة فدخل عليها الرجال فتزوجها وهو يخالطها والداخلون يسمعون كلامهما فوافق الانزال النكاح فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة لان الطلاق

(قوله قرن بفعل غير ممتد) أقول يعني التزوج (قوله فهو ابنه) أقول كان الظاهر فهو ولده ولعل ذكر الابن على سبيل التفاؤل (قوله وبدون ذلك لا يثبت النسب) أقول أشار بقوله ذلك الى الوطء (قوله وأما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب الى قوله ولم يتيقن ببطلان هذا الحكم الخ) أقول وأنت خبير بان تعيين وقت الطلاق وتمييزه من وقت النكاح سيما بعد شهور وليس بينهما تخلل زمان مما يتعسر على حذاق الموقتين بل يتعذر فليتدبر (قوله والطلاق الواقع من حيث الظاهر الخ) أقول فانه كان مبنيا على النكاح فاذا بطل بطل

وأما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به

بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله أثره لا يقال مقتضاه ان تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر وقد عينوا الثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل لانا نقول انما لم يثبتوه في الاقل لان العلوق حينئذ من زوج آخر قبل النكاح وأما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطأ بالغرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى أن نفيهم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ولا موجب له يعرف عنه ينافي الاحتياط في اثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة أشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل أكثر منهما وربما تمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فاي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري أي الاحتمالين أبعد الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها ويسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد أو احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره ولا استبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق أن التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جني وأما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطئا حكما فعليه المهر وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس وهو رواية أبي يوسف مهر ونصف أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فللدخول انتهى وعبارة أبي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه أبو الليث ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا أن أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد بذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة للمتامل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهرة في نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك وانما اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة بل يحكم بانه مقارن له أو للنكاح فاقل الامر كونه قبله أولا مشتبه ذلك وضمير به في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب واعلم انه اذا كان الاصح في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا بما ذكر من تزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا وقدمناه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال ما يطؤها عليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا أكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكلا لمخالفته لصريح المذهب وأيضا الفعل واحد وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطء أما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح أبي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي أن لا يجب عليهما الحد ويجب مهر المثل وقالوا يجب عليهما قال قد كنت أفتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من

لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون بعد الطلاق أو معه وعليه المهر وفي القياس وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله مهر ونصف مهر أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فبالدخول وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله عن نصير رحمه الله تزوج امرأة في حال ما يطؤها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط

وفي رواية عن أبي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فبالدخول

وقوله و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية) ظاهر وقوله (ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك) قيل عليه ينبغى أن يصير مراجعا لان الوطء ههنا حلال فأحيل العلوق الى أقرب الاوقات وهى حالة العدة فتثبت به المراجعة وأجيب بان فى ذلك حمل أمره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا لها بدون الاشهاد بالفعل وأحيل العلوق الى ماقبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب أن يقول لا يصير مراجعا لدلالة الدليل (١٧٢) على كون الوطء قبل الطلاق وقوله (لان العلوق بعد الطلاق) اذ الولد لا يبقى فى

(و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقر بانقضاء عدتها) لاحتمال العلوق فى حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر (وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة) وثبت نسبه لوجود العلوق فى النكاح أو فى العدة فلا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق و يحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة) لان العلوق بعد الطلاق والظاهر

مذهب أصحابنا ومن مال اليه لم يكن مخطئا ولو جاءت بولد ورثه منصوص عن أصحابنا وان حرمت عليه بالثلاث فلم يبق بنكاح ولا عدة ولكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب (قوله و يثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين أو أكثر) ولو عشرين سنة أو أكثر (مالم تقر بانقضاء عدتها) فان أقرت بانقضائها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول أبى حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا فى المطلقة البائنة والمتوفى عنها زوجها اذا ادعت بعد أربعة أشهر وعشرا انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها ثبت نسبه منه أما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر وأما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما فلاحتمال العلوق فى عدة الرجعى لانتفاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر بان امتد الى ماقبل سنتين من مجيئها به أو أقل ثم وطئها فحبلت وعن هذا حكمنا بانها اذا جاءت به لاكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء فى العدة للمطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لا تثبت رجعتها فان العلوق يحتمل أنه كان فى العصمة كما يحتمل أنه كان فى العدة واحالة الحادث الى أقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر آخر والظاهر الوطء فى العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة أرجح من اضافة الحادث الى الزمن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة فى الرجعة ومخالفة العادة أيضا فيها اذ معتاد الناس فى الرجعة أن يراجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو كونها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الفرض أنها لم تكن أقرت بانقضاء العدة ومالم تقر بذلك ومالم يظهر تزوجها فالظاهر أنه ما فى

الحد حين تزوجها قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا أكثر من الخلوة وفى المنتقى لا يكون به محصنا وفى شرح أبى اليسر ان تزوجت فلانة فهى طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغى أن لا يجب عليهما الحد ويجب المهر وقالوا يجب عليهما وفى جمع النسفى لو جاءت بولد فانه يرثه وهو منصوص عن أصحابنا رحمهم الله وان حرمت عليه بالثلاث فلم يبق نكاح ولا عدة ولكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب (قوله فلا يصير مراجعا) بالشك فان قيل ينبغى أن يصير مراجعا لان الطلاق الرجعى لا يحرم الوطء والاصل فى الحوادث أن تضاف الى أقرب الاوقات قلنا الرجعة بالفعل خلاف السنة وكما لا يظن بالعاقل المسلم الاقدام على الحرام لا يظن به الاقدام على خلاف السنة (قوله وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة) لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فان قيل يحمل على انها تزوجت بزوج آخر بعد

بطن أمه أكثر من سنتين والظاهر انه منه والالزم الزنا وهو منتف حملا لحالها على الصلاح قيل لا يلزم أنه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر لا يقال الفرض فيما اذا لم تتزوج لانا نقول الفرض انه لم يطأها فى العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف وأجيب بانه نعم كذلك الا أن الحكم ببقاء نكاح الاول عند الاحتمال أسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به قال فى النهاية والى هذا أشار فخر الاسلام فى مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع بل هو التزام للسؤال والصواب فى الجواب أن المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم تضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال لانا اذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقى الولد ضائعا فكانه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما هو فى معناه

(قوله وفيه نظر لانه لا يصح الخ) أقول الظاهر ان حاصل كلام المجيب دفع التعارض بين مقتضى الاحالة الى أقرب الاوقات وأبعدها فاورث التردد والشك فان الاشهاد فى المراجعة مستحب لئلا يقع التناكر وليس من السنن التى يستحق تاركها حرمان الشفاعة فلا يتعين به الاحالة الى الابعد فليتامل (قوله لانا نقول الفرض انه لم يطأها فى العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة الخ) أقول الازدواج لا يكون الا بشهود فيكون أمره معلوما مشهورا بخلاف الوطء لانه يخفى و يستر فلا يعلم الا بدليله فليتامل (قوله وفيه نظر الى قوله بل هو التزام للسؤال) أقول لان تمام الدليل

انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا (والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين) لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا (فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام قال (الا أن يدعيه) لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة فى العدة

العدة ولان فيه انشاء نكاح وابقاء الاول أسهل وأخف (قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين) لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب (وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة ووطؤه بعد البينونة حرام قيل ان هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوى والاقطع والرواية التى تجىء بعد هذا فى الكتاب أيضا وهى قوله وأكثر مدة الحمل سنتان فان فيها ألحقت السنتان باقل من السنتين حتى انهم أثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات فاما قوله ان لفظ الحديث الى آخره فليس بصحيح لان حاصله انه لا يمكث الولد فى البطن أكثر من سنتين وهذا لا يقتضى انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق أن يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه أن يحمل على تقرير قاضيخان المتقدم من انه يجعل العلوق فى حال الطلاق لانه حينئذ قبل زوال الفراش (قوله الا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق أى لم يثبت فى حال من الاحوال الا فى الحال التى هى دعواه لانه التزمه وله وجه وهو كونه وطئها بشبهة فى العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولهذا لم يذكر الاشتراط فى رواية الامام السرخسى فى المبسوط والبيهقى فى الشامل وذلك ظاهر فى ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما فى كتاب الحدود من ان النسب لا يثبت من المبانة بالوطء فى العدة ونص فى التبيين ان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه فى كتاب الحدود وأجيب بحمل المذكور هنالك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال و بحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشئ لان المراد من المذكور هنالك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطئها بشبهة والمعتدة عن ثلاث لا تكون أبعد من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بان يقال ينبغى أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور فى الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطئ المطلقة ثلاثا والبائنة بالطلاق على مال فجعل هذا حكم وطء المطلقة ثلاثا اذا جاءت به مطلقا فيثبت عنده فيجب أن لا ينتقل عنه الا اذا ادعى الشبهة التى هى غير مجرد ظن الحل والمذكور فى الكتاب لم يشترط ذلك بل أفاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير أن توجيه ذلك امكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط فى الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التى هى غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد وهو رواية بشر عن أبى يوسف فيجب أن ترد نفقته بستة أشهر وقال أبو يوسف لا تنقضى الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شئ لهما ان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة وأقل مدة الحمل ستة أشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وحينئذ أخذت مالا تستحقه لانها منقضية العدة فترده وأبو يوسف يقول هى فى العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فكأنها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر من سنتين ثبت نسبهما عند

انقضاء العدة قلنا الحكم ببقاء النكاح الاول عند الاحتمال أسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به (قوله فان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) فان قيل ماذكرتم من التصوير فى أول الباب موجود ههنا بان خالطها فطلقها فوافق الانزال الطلاق مع ان أول الفعل هنا واقع فى الملك قلنا ماذكرنا من الاحتمال وتصوير طريق متعين لحمل أمرها على الاصلاح لانه لو لم يثبت النسب من الزوج فلابد أن يحمل

قال (والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه) اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والا لزاد أكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل (فلا يكون منه لان وطأها حرام) وقوله (الا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت يعنى أنه ان ادعاه يثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله (لانه التزمه) أى التزم النسب عند دعواه (وله وجه شرعى بان وطئها بشبهة فى العدة) والنسب يحتاج فى اثباته فيثبت

احتاج الى مقدمة أجنبية قال المصنف (لان وطأها حرام) أقول والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب الحرام

(فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تاتى به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رضى الله تعالى عنه يثبت منه النسب الى سنتين لانها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة) وبيان الاحتمال ماقيل ان الكلام فى المراهقة المدخول بها وهى تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل ويحتمل أنها حملت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر واذا كان كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها الى سنتين وانما قال ولم تقر بانقضاء

العدة لانها اذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصارت كانها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب (ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهى الاشهر) لانا عرفناها صغيرة بيقين وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال (فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء) أقرت به أو لم تقر (وهو) أى حكم الشرع فى الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله فلو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة أشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضى واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهى مضى أربعة أشهر وعشر مالم يكن الحبل ظاهرا ثم هنالك يثبت النسب الى سنتين عند علمائنا الثلاثة ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر هنالك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال مانحن فيه لم يكن كذلك والجواب سياتى عند قوله الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى

(فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تاتى به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين) لانها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو فى الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله

أبي حنيفة وأبي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني فى المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نصف بدنه أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لاقل والباقى لاكثر ذكره محمد وفى شرح التكملة تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة أشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لانه ولد النكاح فى الاول وفى الثانى يضاف الى ملك اليمين لان وطأها حلال ولا يلزمه الا بالدعوة ولا فرق بين أن تكون الطلقة بائنة أو رجعية وان طلقها ثنتين ثبت نسبه الى سنتين لان وطأها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وان لا يتصور وطؤها بملك اليمين واعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد باحد أمور أن يكون هناك اما شهادة بالولادة أو اعتراف من الزوج بالحبل أو حبل ظاهر كما سيجيء عن قريب (قوله فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ) قيل هو مستدرك لان الحبل دليل انه يجامع مثلها ومنعه ليس بشيء لانه ان كان باعتبار ان الحبل يكون بالجماع فلا شك انه لا يكون الا بالبلوغ وبعيد أن لا تحتمل البالغة الجماع وحاصل المسئلة ان الصغيرة اذا طلقت فاما قبل الدخول أو بعده فان كان قبله فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يثبت لان الغرض أن لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق لتلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما ان أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر فان أقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت نسبه وان جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها للتيقن بكذبها وان لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند أبي حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت

على انه من زوج آخر قبله لانه لا صلاح فى أن يحمل انه من الزنا واذا حمل انه من زوج آخر قبله يكون هذا النكاح فاسدا لانها تكون حينئذ منكوحة أو معتدة وفى الوجهين حمل أمرها على الفساد بخلاف المبتوتة لانه يحتمل انها انقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر لكنه لم يظهر ذلك ولا فساد فيه فحمل عليه (قوله فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء) لا يقال فى هذا قطع النسب لانا نقول النسب لا ينقطع بالشك اذا وجد سبب النسب وفيما قلتم جعل ماليس بسبب سببا بالشك لان النكاح فى الصغيرة ما كان سببا قبل البلوغ لعدم

قال المصنف (فان كانت المبتوتة صغيرة) أقول وفى اثبات لاقل منهما والا لا لحدوثه الا بادعائه حملا على وطئه فى العدة الا فى المطلقة ثلاثا والمختلعة اذ لا شبهة فى المحل كذا فى لطائف الاشارات لابن قاضى سماونة تامل فى هذه العبارة فانها غير ماذكره المصنف (قوله وانما قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا أقرت الخ) أقول فيه شيء بل الظاهر أن يقول انما قال ولم تقر لانها لو أقرت بانقضاء العدة بالاشهر ثم جاءت بولد لتسعة أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق قال المصنف (ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة) أقول بخلاف الكبيرة فان لانقضاء عدتها جهة أخرى كما يجيء

وان

يعنى ان ولدت لاقل من تسعة أشهر ثبت النسب والا فلا (وعند أبي يوسف يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا فى آخر العدة وهى ثلاثة أشهر ثم تاتى به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها وفى الكبيرة سواء) لانها أعرف بامر عدتها فيحكم باقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين فى الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى وقوله (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها) ظاهر وقوله (الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى) حاصله أن فى كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الاصل ولكن الاصل فى الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذى بنى عليه أيضا وذلك لان الاصل فى الكبيرة الاحبال فلم يعتبر فى حقها تعين جهة العدة بالاشهر والاصل فى الصغيرة عدم الاحبال فلذلك اعتبرنا فى حقها تعين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل فى الكبيرة أيضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك فى حق غير المنكوحة فاما النكاح فلا يعقد الا بالاحبال وقوله (وفيه) أى البلوغ (شك) والصغر كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد) ظاهر

وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا فى آخر العدة وهى الثلاثة الاشهر ثم تاتى به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها وفى الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها مابين الوفاة وبين السنتين) وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا أقرت بالانقضاء كما بينا فى الصغيرة الا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك (واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه) لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار (وان جاءت به لستة أشهر لم يثبت) لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال

نسبه والا فلا وعند أبي يوسف يثبت الى سنتين فى الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى لاحتمال انه وطئها فى آخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت سنتين وان كانت ادعت حبلا فهى كالكبيرة من حيث انها لا يقتصر انقضاء عدتها على أقل من تسعة أشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها فى الطلاق الرجعى لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطئه اياها فى آخر الطهر وجه قول أبي يوسف انها يحتمل كونها حاملا لالغرض انها فى سن يجوز فيه بلوغها لانه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فاشبهت الكبيرة فى احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تاتى به الى سنتين واعلم ان قياس ماقدمه فى الكبيرة المبتوتة من انها اذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت أن يقول الى أقل من سنتين هنا وجه قولهما وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة فى الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو فى الدلالة فوق اقرارها بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلاف وعدم المطابقة بخلاف اقرارها فغاية الامر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة اقرارها ولو أقرت بالانقضاء بعد الاشهر الثلاثة ثم جاءت به لاكثر من ستة أشهر أو لستة أشهر لا يثبت فكذلك هنا فلزم أن لا يثبت حتى تاتى به لاقل من تسعة أشهر أما اذا كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها كالكبيرة لان باقرارها بالحبل حكم ببلوغها (قوله ويثبت نسب ولد المتوفى عنها مابين وفاة زوجها وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه) ولستة أشهر لا يثبت فوجهه كوجههما فى الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هى انقضاء أربعة أشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما اذا جاءت به لاقل على ماعرف ويمنع تعين الجهة الواحدة فى حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل فتستمر مالم تعترف بالحبل (قوله واذا اعترفت) ظاهر وتقدمت غير مرة وانما لم يثبت اذا أتت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الاقرار وان كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لانهن أمينات شرعا فى اخبارهن عن عدتهن فاذا أخبرن لزم الى أن يتحقق الخلاف قطعا وقوله وهذا اللفظ يتناول باطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل فى المعتدة عن طلاق ووفاة ومما يشمل أيضا الآيسة اذا ولدت بعد الرجعى أو البائن فهى كذوات الاقراء يثبت نسب ما تاتى به الى أقل من سنتين فى البائن وأكثر منها فى الرجعى مالم تقر بانقضاء العدة فان أقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة أشهر أو مطلقا فى مدة تصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا لان مطلق اقرارها يحمل على الاقراء لما بطل الياس هذا والمنصوص عليه فى فتاوى قاضيخان ان الآيسة تعتد بالاشهر واذا ولدت يثبت نسب ولدها

ماء المرأة وانما يصير سببا بعد البلوغ فلا يجعل سببا بالشك (قوله واذا اعترفت المعتدة) يريد أى معتدة كانت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر أى من وقت الاقرار يثبت نسبه وان جاءت به لستة أشهر لم يثبت فان قيل فيه حمل أمرها على الزنا قلنا نحمله على نكاح صحيح مبتدأ لم يظهر لنا فان قيل هذ اقرار يتضمن ابطال حق الولد لما فيه من ابطال ما يثبت له من حق النسب فيرد قلنا يجوز ابطال حق الغير

وقوله (وهذا اللفظ) اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة (باطلاقه) حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى (يتناول كل معتدة) يعنى كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بالاشهر أو بالحيض قيل ذكر المرغينانى وقاضيخان أن الآيسة لو أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت

الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة (واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبى حنيفة الا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان الا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد يثبت فى الجميع بشهادة امرأة واحدة) لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد انه منها فيتعين بشهادتها كما فى حال قيام النكاح ولابى حنيفة ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل والمنقضى ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب

فى الطلاق الى سنتين سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر وكذا نقل عن المرغينانى (قوله واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبى حنيفة الا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان) أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة واطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعى فيوافق تصريح قاضيخان وفخر الاسلام بجريان الخلاف فى الرجعى وشمس الائمة قيد صورة المسئلة بان يكون الطلاق بائنا فقال لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقا بائنا ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب فى قول أبى حنيفة مالم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان ونحوه فعلى صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل الا بمؤيد الى قوله حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة فى الولادة وفى الطلاق البائن اذا كذبها الزوج الى آخر ما ذكره واتفقوا على قيد انكار الزوج وكذا لو وقع انكار الولادة والحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك ويشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لانها موجبة حقا على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله فى جميع ذلك أى فيما اذا كان حبل ظاهر أولا أو اعتراف من الزوج أولا وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما قيل نعم ولا يفسق كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان وفى جامع قاضيخان وعلى هذا الخلاف كل مالم يطلع عليه الرجال وأجمع علماؤنا على انه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال انه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش واذا تقرر أن النكاح بعد الرجعى قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الائمة ويكون الرجعى كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه والخلاف انما هو بعد الموت وبالطلاق البائن وبقولهما قال أحمد وعند الشافعى يشترط أربع نسوة عدول وعند مالك وابن أبى ليلى امرأتان وجه قولهما ان الفراش قائم بقيام العدة (وهو) أى الفراش (ملزم للنسب) فيما تاتى به كما قبل الطلاق (والحاجة الى) شهادة المرأة (لتعيين الولد) فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق اقتصر المصنف على هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش (وله ان العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل) فصارت أجنبية والفراش المنقضى ليس بحجة ليصلح مؤيدا للحجة الضعيفة أعنى شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة الى اثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشها المستلزمة لثبوت النسب لكونها فى

بقول الامين اذا لم يصر مكذبا كما لو أخبرت بمضى العدة بالحيض فانها تصدق وان تضمن ابطال حق الزوج فى الرجعة (قوله واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى الا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان) سواء كانت المعتدة هذه مطلقة طلاقا رجعيا أو مبتوتة أو متوفى عنها زوجها ولا يقضى بشهادة القابلة الا اذا كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا وعندهما يقضى بشهادة القابلة اذا كانت مسلمة حرة عدلة ولا يقال كيف تقبل شهادة الرجال ههنا ولا يحل لهم النظر الى العورة لانا نقول انهم لا يقولون تعمدنا النظر وانما وقع ذلك اتفاقا أو دخلت المرأة بين يدى الشهود بيتا بعدما علموا انه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون انها ولدته ثم عند الحاجة الى أن تحمل الشهادة يباح النظر

ولدا لاقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة الا أن يؤول كل معتدة غير الآيسة وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره فى شروح الجامع الصغير ان الآيسة اذا أقرت بانقضاء العدة مفسرة بثلاثة أشهر أو مطلقا فى مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا قال (واذا ولدت المعتدة ولدا) اذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعى ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه عند أبى حنيفة مالم يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان الا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقالا يثبت فى جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لان الفراش وهو تعين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة (وهو) أى قيام الفراش (ملزم للنسب) فلا حاجة الى اثباته (و) انما (الحاجة الى تعيين الولد) وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما فى حال قيام النكاح أو بظهور الحبل أو اقرار الزوج

(قوله واذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعى ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه الخ) أقول وكذا معتدة الوفاة ثم ان انكار الورثة كانكار الزوج ابتداء

ولابى حنيفة القول بالموجب يعنى سلمنا ان الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة (لانها تنقضى باقرارها بوضع الحمل والمنقضى لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما أو الحبل ظاهرا أو الاعتراف به من الزوج صادرا (لان النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة) فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين

ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعين يثبت بشهادتها (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة فى الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه فى قولهم جميعا) وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما فى حق النسب هل يثبت فى حق غيرهم قالوا اذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة وقيل لا تشترط لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه

وقت يلزم منه ثبوت النسب شرعا بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لان النسب ثابت قبل الولادة لما فى البطن وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا وكذا قيام الفراش يؤيد شهادة القابلة به وقولهما مالا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما اذا دخلت المرأة بحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدته وفيما اذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا وبهذا يندفع ما قد أورد من أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل والحاصل ان حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لم يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفى للاثبات أولا بد أن تتايد بمؤيد فالوجه أن يجعل الاستدلال عليه ولهما فيه قوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه فانه يتناول الواحدة لانه جنس وأما الوجه الذى ذكراه فتمامه بالغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش وهو يدفعه بانه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليهما اطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن أبى شيبة عن الزهرى مرسلا مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك وهذا حجة لانه مرسل وانما قلنا انه مرسل لان قول الراوى مضت السنة انما يكون حكمه الرفع اذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطنى عن محمد بن عبد الملك الواسطى عن الاعمش عن أبى وائل عن حذيفة أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وان كان بين ابن عبد الملك والاعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المداينى فقد تظافرا وقوى ما هو حجة به ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت فى قولهم جميعا وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه أما فى حق ثبوت النسب من الميت ليظهر فى حق الناس كافة قالوا اذا كانوا أى الورثة من أهل الشهادة بان يكونوا ذكورا أو ذكورا مع اناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين ويطالب غريم الميت بدينه وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة أى فى مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط هو الصحيح لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم

للرجال كما فى الشهادة على الزنا والحاجة تتحقق اذا لم يكن هناك مؤيد (قوله فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة) ومعنى التصديق هو أن يقر جميع الورثة فيشاركهم باقرارهم وأقر به جماعة بقطع الحكم بشهادتهم فان صدقها رجلان منهم أو رجل وامرأتان منهم فوجب الحكم باثبات نسبه حتى يشارك المصدقين والمنكرين وهذا معنى قوله بان كانوا من أهل الشهادة ثم قيل يشترط لفظ الشهادة فى مجلس القضاء لان النسب لا يثبت فى حق الناس كافة الا بلفظ الشهادة لان الحجة المتعدية هى الشهادة وقيل لا يشترط لعدم المنازعة لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم باقرارهم وما ثبت بناء لا يراعى فيه

وذلك (يثبت بشهادتها) قيل لا يحل نظر الرجل الى العورة فلو جه اشتراط شهادة الرجال وأجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز أداء الشهادة واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين أو رجل وامرأتين منهم (فهو ابنه فى قولهم جميعا) وهذا فى حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم (أما فى حق النسب) بالنسبة الى غيرهم (فهل يثبت أولا قالوا اذا كانوا من أهل الشهادة) كما ذكرنا وهم عدول (يثبت لقيام الحجة) ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت فى حق غيرهم تبع للثبوت فى حقهم لاقرارهم وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندى مع السلطان فى حق الاقامة

(قوله لان النسب اذ ذاك ثابت) أقول هذا قاصر والاولى أن يضم الى هذا قولنا أو الفراش قائم ليعم صورة قيام النكاح (قوله أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم الخ) أقول الظاهر أن لا يقيد الورثة هنا بهذا القيد فانه اذا كان المصدق رجلا واحدا أو امرأة واحدة ثبت نسبه فى حق الارث وموضع التقييد يجىء فى كلام المصنف قال المصنف (فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة) أقول أى أقر بها ويشهد لذلك قول المصنف باقرارهم قال المصنف (فهو ابنه الخ) أقول الظاهر انه ولده

(قوله واذا تزوج الرجل امرأة) ظاهر (قوله واللعان انما يجب بالقذف) جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفى الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان فى معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس منى قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد

الشرائط (واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه (وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت) لان الفراش قائم والمدة تامة (فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن) لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه (فان ولدت ثم اختلفا فقال

ولا براعى للتبع شرائطه اذا ثبت اصالة وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب الا فى حق المقرين منهم والله أعلم (قوله واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح وان جاءت به لاكثر منها ثبت ولا اشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت وكذا اذا جاءت به لتمام الستة بلا زيادة لاحتمال انه تزوجها وواطئها لها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط فى اثباته وهذا من المصنف خلاف ما تقدم فى المبتوتة حيث نفى نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الانزال الطلاق وأجيب عن المصنف بان ثبوت النسب هنا لا هناك لحمل أمرها على الصلاح اذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج فتزوجت وهى فى العدة وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نسبة فساد اليها لجواز كون عدتها انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا لان معنى السؤال وجد المقتضى وهو الامكان بالطريق الذى ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما يثبت هنا وأنت علمت أن الوجه ان ثبوت النسب فيه لوجود المقتضى وهو الامكان مع الاحتياط (قوله فان جحد الولادة) يعنى فيما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا أما عندهما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا وأيضا يلزم خطأ أبى حنيفة حيث لم يثبت بها النسب وأثبت بها اللعان بل اللعان انما وجب بالقذف الثابت فى ضمن نفى الولد لا بنفى الولد من حيث هو نفيه فانه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه وان اتفق هنا وقوعه فى ضمن النفى (قوله وان ولدت ثم اختلفا فقال

الشرائط كالعبد مع المولى والجندى مع السلطان فى حق الاقامة ووقف المنقول بناء على وقف العقار (قوله لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف هذا جواب سؤال يرد على قوله حتى لو نفاه الزوج يلاعن وهو أن يقال ان ثبوت اللعان بناء على شهادة القابلة واللعان قائم مقام الحد فينبغى أن لا يجب لان شهادة النساء غير معتبرة فى الحدود فاجاب عنه بان القاذف نفى نسب الولد والنسب لم يثبت بشهادة القابلة بل يثبت بالفراش القائم وشهادة المرأة انما كانت لتعيين الولد واللعان وجب بالقذف وليس من ضرورة اللعان وجود الولد لان اللعان يتصور بدون الولد بان قذف منكوحته بالزنا فلم يكن لشهادة القابلة أثر لا فى ثبوت النسب ولا فى وجوب اللعان لان ثبوت النسب بالفراش ووجوب اللعان بالقذف وهو قوله ليس منى ولا اتصال له بالولد ونظير هذا ما اذا ثبتت الرمضانية بشهادة الفرد ثم أفطر انسان بعد ذلك متعمدا وجبت الكفارة عليه والكفارة فى الافطار تجرى مجرى الحد حيث يندرئ بالشبهات (قوله فان ولدت ثم اختلفا

الثابت بشهادة القابلة وانما أضيف اللعان الى القذف مجردا عنه (فان ولدت) المرأة (ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة أشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح) واعترض بوجهين أحدهما ان المرأة تسند العلوق الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله والثانى أن الظاهر شاهد له أيضا لان النكاح حادث والاصل فى الحوادث أن تضاف الى أقرب الاوقات وأجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعى اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهى تنكر فيكون القول قولها وعن الثانى بان النسب مما يحتاط فى اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على أن ظاهر حالها يتايد بظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد

قال المصنف (واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها) أقول لفظ يوم مستغنى عنه قال المصنف (واللعان انما يجب بالقذف) أقول القذف الثابت فى ضمن نفى الولد لا بنفى الولد من حيث هو نفيه قال المصنف (فانه يصح بدونه) أقول وان اتفق هنا الزوج وقوعه فى ضمنه قال المصنف (لان الظاهر يشهد لها) أقول وانما لم يقل لانها تدعى صحة النكاح لانها اذا كانت حبلى من الزنا يصح النكاح فى الصحيح (قوله واعترض بوجهين أحدهما ان المرأة الخ) أقول هذا الاعتراض معارضة والثانى معارضة أيضا ثم قوله ان المرأة تسند العلوق يعنى تسند العلوق من الزوج (قوله وأجيب عن الاول بانه معارض الخ) أقول يعنى فيبقى دليلنا سالما عن المعارض (قوله ترجح المثبت) أقول أى

فان نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغى أن لا تحرم فان قيل يجب أن تحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهى حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود أجيب بالفرق بينهما من وجهين أحدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز أن يكون الحمل من الزنا والثانى أنه وان أقر بالحرمة الا أن الشرع كذبه فى ذلك حيث أثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل وقوله (ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف) يعنى الاختلاف المذكور فى الاشياء الستة وقوله (واذا قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق) ظاهر وقوله (فيما يبتنى عليها وهو الطلاق) يعنى ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة فى اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا (ولابى حنيفة ان دعواها الحنث لا تثبت الطلاق حتى يثبت فى

الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هى منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تطلق) لان شهادتها حجة فى ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت فى الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابى حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية فى حق الولادة فلا تظهر فى حق الطلاق لانه ينفك عنها (وان كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبى حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة) لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه

تزوجتك لاربعة أشهر وقالت لستة أشهر فالقول لها لان الظاهر شاهد لها وهو انه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج فى عدته وهو مقدم على الظاهر الذى يشهد له وهو اضافة الحادث وهو النكاح هنا الى أقرب الاوقات لانه اذا تعارض ظاهران فى ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع أن ظاهرها متأيد بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد ان كان الولد من زوج أو حبل من زنا وان صح على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفى لانه لا يلزم منه تزوجها حاملا بثابت النسب ليكون اقرارا بالفساد كما اذا تزوجها بلا شهود لجوازه وهى حامل من زنا فانه صحيح على الصحيح ولان الشرع كذبه حيث أثبت النسب والشرع اذا كذب الاقرار يبطل (قوله ولم يذكر) أى محمد (الاستحلاف) أى استحلافها وهو على الخلاف المعروف فى الاشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لان الخلاف واقع فى النكاح والنسب (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة) والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا أقر به (لم تطلق عند أبى حنيفة) ولكن يثبت النسب وقالا تطلق أيضا لان شهادتها حجة فى ذلك أى فى

الى قوله لان الظاهر شاهد لها فان قيل الظاهر شاهد له لان الحوادث تضاف الى أقرب الاوقات وجودا والنكاح حادث قلنا النسب مما يحتاط فيه ففى تعارض الظاهران وجب اثباته ألا ترى ان النسب يثبت بالايماء وسائر التصرفات لا يثبت به اذا كان الايماء من الناطق فان قيل وجب أن يحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه اياها وهى حبلى وصار هذا كما اذا ادعى أنه تزوجها بغير شهود قلنا الفرق بينهما من وجهين أحدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس بفاسد لا محالة لجواز انها حبلى من الزنا والثانى انه وان أقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه فى ذلك حيث أثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة القاضى يبطل كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله وهو على الاختلاف) أى على الاختلاف المذكور فى الاشياء الستة لانه اختلاف فى النسب أو فى النكاح (قوله لانه ينفك عنها) أى الطلاق ينفك عن

ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها حنثه فى يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباتها بشهادتها ضمنا لان شهادتهن ضرورية فى حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلا تظهر فى حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل أن يقول كلامنا فى الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشئ لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشئ اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله (وان كان الزوج قد أقر بالحبل) يعنى اذا أقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند أبى حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما أنها اذا ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على

مثبت النسب (قوله فان نكاح الحبلى فاسد) أقول ان كان من النكاح فبالاجماع وان كان من الزنا فعند بعض أئمتنا كما سبق لكنه صحيح فى الصحيح ففى التأييد ما لا يخفى (قوله فان قيل ويجب الخ) أقول معارضة وكان الاولى أن يأتى بدليل عدم التحريم أولا (قوله وانما دعواها حنثه الخ) أقول هما يقولان أيضا انها تدعى الحنث والشاهد يثبته كما يعلم من تعليلهما المسئلة الثانية فحينئذ ينبغى أن يقرر كلام الامام بغير ما قرره الشارح ولا يحمل كلامه على تعليلين (قوله والحنث ليس من ضرورات الولادة) أقول مطلقا أو فى هذا اليمين والاول مسلم وليس الكلام فيه والثانى ممنوع (قوله فلا تظهر فى حق الطلاق) أقول بل تظهر فى حق الضمنيات المختصة (قوله ولقائل أن يقول كلامنا فى قوله والشئ اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه) أقول للشرع ولاية قد يثبت أمرا فى حق بعض الاشياء ولا يثبتها فى حق بعضها وله نظائر لا تحصى

على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة ولانه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل

ثبوت ولادتها للحديث السابق واذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير يتبين ان قوله ولانها المقابلات في الولادة الى آخره ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الاول وصارت كثبوت الامومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما اذا قال ان كان بامتى هذه حمل فهو منى فولدت بعد هذا القول لاقل من ستة أشهر فانكر ولادتها فشهدت بها امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما اذا جاءت زوجة بولد فقال ليس مني ولا أدرى أولدتيه أم لا فشهدت بالولادة امرأة فانه يجب اللعان الا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محدودا فيحد للقذف ولابى حنيفة انها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلابد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست بحجة كذلك الا في موضع الضرورة وهو الولادة ولازمه المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد ولانه حكمه اللازم شرعا أما اللعان فانما يثبت بالقذف وان اتفق انه وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم وأما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فاخبره مسلم انه ذبيحة مجوسى قبل في الحرمة ولا يثبت تمجس الذابح وكقوله اذا حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان ويمكن جعل هذا اشكالا على أبي حنيفة فان طلاقها هي زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها الازمه الشرعي ولازمه الجعلى المنفك وهو حنثه وسيأتى الفرق ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبي حنيفة وعندهما يشترط شهادة القابلة لانه لابد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه (وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة) للعلم بان الحبلى تلد بعده ولانه أقر بانها مؤتمنة في اخبارها بالولادة حيث أقر بانها حامل فيقبل قولها في رد الامانة كما اذا علق بحيضها فقالت حضت فاذن ظهر الفرق الدافع للاشكال المذكور وهو ان التعليق ان كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وبولادتها بعد الاقرار بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاما التصديقها عند اخبارها به واعترافا بانها مؤتمنة فيه وان لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند انكاره الى الحجة (قوله وأكثر مدة الحمل سنتان) وعند الشافعي ومالك أربع سنين وعن الليث ثلاث سنين وعن الزهرى سبع سنين واستدل المصنف رحمه الله بقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل أخرج الدارقطنى والبيهقى في سننهما من طريق ابن المبارك حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضى الله عنها قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث وأخرج الدارقطنى ومن جهته البيهقى عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك بن أنس أفي حديث عن عائشة انها قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مغزل فقال سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن

الولادة في الجملة وان صار من لوازمها هنا وصار كمن اشترى لحما فشهد مسلم عدل انه ذبيحة مجوسى قبلت شهادته في حق حرمة الاكل ولا يثبت كون الذابح مجوسيا في حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد (قوله ولابى حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة لان الولد الكائن في الرحم لا يخلو عن الخروج لا محالة حيا أو ميتا فالتعليق بالولادة بعد الاقرار بالحبل تعليق بامر كائن لا محالة فيقبل قولها فيه كما اذا علق طلاقها بالحيض بل أولى لان الولد الكائن في الرحم يولد لا محالة وأما الحيض فبناء على العادة (قوله وأكثر مدة الحمل سنتان وقال الشافعي رحمه الله أربع سنين لان الضحاك ولدته أمه لاربع سنين بعد ما نبتت ثنيتاه وهو يضحك فسمى ضحاكا (قوله ولو بظل مغزل) أى بقدر ظل مغزل حال الدوران لان

ما بينا في المسئلة الاولى (وله أن الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه الحبل وهو الولادة) ولان اقراره بحبلها اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى رد الامانة وهذا يرشدك الى أن وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده اذا كان وجود الشرط بدليل يمكن أن يكون دليلا على الجزاء عند انفراده عن الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الاولى فتلمح منه جواب الاعتراض هنالك قال (وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضى الله عنها الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل) أى بقدر ظل مغزل حال الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال ورواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل أى ولو بدور فلكة مغزل والمعنى هو ما في الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة قالته سماعا لان العقل لا يهتدى الى معرفة المقادير وانما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه

(قوله فتلمح منه جواب الاعتراض هنالك) أقول أشار الى ما تقدم ثمانية أسطر تخمينا وهو قوله ولقائل أن يقول كلامنا في الطلاق المعلق

(واقله)

(وأقله ستة أشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقى للحمل ستة أشهر) وهذا تأويل أخرجه ابن عباس ذكره في المبسوط فقال روى ان رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال تعالى وفصاله في عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل الا ستة أشهر فدرأ عثمان الحد عنها وأثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية وهذا التقرير الذى ذكرهنا في تأويل (١٨١) الآية تخالف لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هنالك ثلاثين شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم أظهر المنقص في حق الحمل وههنا جعلها مدتهما جميعا ثم أصاب منهما للفصال عامان بقوله تعالى وفصاله في عامين ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة أشهر وأجيب بان استدلاله هنالك انما كان بالنظر الى الآية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى وجاز أن تكون الآية نظرا الى ذاتها مفيدة لحكم وبالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل وقال الشافعي يقدر الاكثر باربع سنين) واحتج على ذلك بحكايات مثل محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عتبة بقى في بطن أمه أربع سنين وكذلك هرم بن حيان فسمى هرما لذلك والضحاك ابن مزاحم هكذا فسمى ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم (والحجة عليه ما روينا عن عائشة رضى الله عنها والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدى اليه) أى الى مقدار مدة

(قوله انما كان بالنظر الى الآية الاولى) أقول يعنى قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا (قوله وههنا بالنظر اليها والى الاخرى) أقول يعنى قوله تعالى وفصاله في عامين (قوله وجاز أن تكون الآية نظرا الى ذاتها مفيدة لحكم وبالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل) أقول تأملنا فلم يتضح لنا اندفاع المخالفة فانه جعل هنا كون المدة المذكورة في الآية الكريمة مضروبة لمجموع الحمل والفصال أمرا مقررا ثم عمد الى الآية الاخرى فعين بها ما أصاب الفصال من تلك المدة لتعين مدة الحمل ثم لا يمكن أن يراد بكلام واحد معنيان متقابلان في اطلاق واحد كما

(وأقله ستة أشهر) لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقى للحمل ستة أشهر والشافعي يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدى اليه

عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتى عشرة سنة كل بطن في أربع سنين ولا يخفى ان قول عائشة رضى الله عنها مما لا يعرف الا سماعا وهو مقدم على المحكى عن امرأة ابن عجلان لانه بعد صحة نسبته الى الشارع لا يتطرق اليه الخطأ بخلاف الحكاية فانها بعد صحة نسبتها الى مالك والمرأة يحتمل خطؤها فان غاية الامر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع في ان الاربعة بتمامها كانت حاملا فيها لجواز انها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ووجود الحركة مثلا في البطن لو وجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد ولقد أخبرنا عن امرأة انها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وادراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها أخذت في الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئا فشيئا الى ان انضمر بطنها وقامت عن قابلتها عن غير ولادة وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وما روى ان عمر رضى الله عنه اثبت نسب ولد المرأة التى غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ ان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فتركها حتى ولدت ولدا قد نبتت ثنيتاه يشبه أباه فلما رآه الرجل قال ولدى ورب الكعبة فانما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه (قوله وأقله ستة أشهر) ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا مع تفسير الفصال في الآية الاخرى بكونه في عامين فيلزم كون الفاضل للحمل ستة أشهر وأورد عليه انه مخالف لما قرره لابى حنيفة في الرضاع من ان هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال غير ان المنقص قام في أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة قلنا قدمنا هنالك انه غير صحيح لما يلزم من انه براد بلفظ الثلاثين في اطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار اضافتين فلعله رجع الى الصحيح وأجيب بان هذا تأويل ابن عباس رضى الله عنهما ذكره هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورده لا هو فنقل بعضه لينبه به عليه وهو ما روى أن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رضى الله عنهما اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله في عامين فلم يبق للحمل الا ستة أشهر فدرأ عثمان رضى الله عنه الحد عنها فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان اجماعا وهذا صحيح في نفسه ومفيد لقطعية ارادة كون المدة بمجموع الحمل والفصال لاتفاقهم على صحته حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه في الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به التناقض على المصنف

ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال والغرض تقليل المدة وفي بعض الكتب ولو بفلكة مغزل ذكر في المغرب هذا على حذف المضاف وقد جاء مصرحا في شرح الارشاد ولو بدور فلكة مغزل وهو مثل في الدوران والغرض تقليل المدة وبقاء الولد في بطن أمه أكثر من سنتين في غاية الندرة فلا يجوز بناء الحكم عليه مع انه لا أصل لما يحكى في هذا الباب فان الضحاك ما كان يعرف ذلك من نفسه وكذلك غيره لان ما في الرحم لا يعرفه الا الله تعالى

ما في الرحم وقوله (ومن تزوج أمة فطلقها) يعني بعد الدخول (ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا فلا لانه في الوجه الاول) يعني اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر (ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء لانها ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الشراء ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما (وفي الوجه الثاني) يعني ما اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء (ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى أقرب الاوقات) وأقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف (هذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا أما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ماقبله لانها لاتحل بالشراء) لان الامة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين واذا لم تحل لا يقضى بالعلوق من أقرب الاوقات بل من أبعدها حملا لامور المسلمين على الصلاح وأبعد الازمان هو ماقبل الطلاق فيلزمه الولد اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق واما اذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد الى أقرب الاوقات فحينئذ كان ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة فان قيل وجب ان تنكشف الحرمة بملك اليمين وان كانت الحرمة غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم أجيب بانه وجب أن لا تنكشف تمسكا بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في الاماء بمنزلة الطلقة الثالثة في الحرائر والمحرم أقوى (ومن

(ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه) لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى أقرب وقته فلابد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا أو خلعا أو رجعيا أما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ماقبله لانها لاتحل بالشراء

(قوله ومن تزوج أمة فطلقها) أي بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل ان تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه أي ثبت نسبه منه ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه وقيدنا ببعد الدخول وواحدة لانه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد الا ان تجيء به لاقل من ستة أشهر منذ فارقها لانه لاعدة لها أو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب الى سنين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف (قوله والا) أي وان لم تجئ به لاقل بل لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه الا ان يدعيه (قوله لانه في الوجه الاول) وهو ما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقا على الشراء وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء اذ لا يظهر عدتها في حقه لانها معتدته والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلوق من أقرب الاوقات لان فيما زاد عليه شكا وأقرب الاوقات ستة أشهر واعتبارها في الاول يوجب انه ولد المعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة بخلاف مالو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لان به تحرم الامة حرمة غليظة فلا يحلها الشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ماعرف فتعذر القضاء بالعلوق من أقرب الاوقات لانه قضاء عليهما بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من أبعد الاوقات وهو ماقبل الطلاق حملا لامرهما على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فاكثر بعد كونه لاقل من ستة أشهر من الشراء وان كانت بائنا ثبت الى أقل من سنتين بعد كونه لاقل من ستة أشهر من الشراء واعلم ان ماذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم أعتقها فولدت لاكثر من ستة أشهر

(قوله ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها) أي طلقها بعد الدخول اذ لو كان قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا أن يجيء به لاقل من ستة أشهر مذ فارقها (قوله لانه لاتحل بالشراء) فان قيل وجب أن تحل لاطلاق قوله تعالى أو ماملكت أيمانهم قلنا وجب أن لاتحل لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والطلقة الثانية في الاماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم أولى بالاعتبار

لايخفى قال المصنف (ومن تزوج أمة فطلقها) ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم الخ) أقول لفظ يوم مستغنى عنه قال المصنف (أما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق) أقول قال الاتقاني فيه ابهام لانه ربما يظن ظان أن الطلاق اذا كان واحدا بائنا لا يثبت النسب فيه الى سنتين وليس كذلك لان النسب في البائن يثبت الى سنتين من وقت الطلاق وان لم يدع اهـ ولا يخفى عليك ان المراد هو أن المعتبر في الطلاق البائن وقت الشراء فانه اذا مضى من وقته أقل من ستة أشهر فجاءت بولد يحكم له وان جاءت لتمامها لا يحكم وان مضى من وقت الطلاق سبعة أشهر وأما اذا كان الطلاق ثنتين فالمعتبر مضي المدة من وقت الطلاق لا من وقت الشراء فليتأمل فان ذلك يفهم من كلام المصنف

(ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده) لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع (ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه) وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس أن لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت

منذ اشتراها لا يثبت النسب الا أن يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة أشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق مازادها الا بعدا منه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة لكنها لاتظهر في حقه للملك وبالعتق ظهرت وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك ولو جاءت به لاقل من ستة أشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وان كان لاكثر من سنتين من العقد وكذا ولم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة أشهر مذ باعها فعند أبي يوسف لا يثبت النسب وان ادعاه الا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا ولو أسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فنفاه لاعن ويقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لعان لكن العلوق حادث والاصل في الحوادث ماقلنا وكذا لو تحته أمة أعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق فنفاه الزوج لاعن وان احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ماذكرتم ينتقض بمسائل احداها مالو قال لامرأتيه احداكما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت احداهما لاكثر من ستة أشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تتعين ضرتها للطلاق ذكره في الزيادات وثانيتها مالو قال لها اذا حبلت فانت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق وكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل وثالثتها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى أقرب الاوقات لثبتت هذه الاحكام أعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما تضاف الى أقرب الاوقات اذا لم تتضمن ابطال ما كان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى أما اذا تضمنت فلا فتى عولت على ماقلنا ثم استقريت المسائل وجدت الامر عليه ففي ثبوت الطلاق في الصورتين الاوليين ابطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة بغير القول (قوله فهي أم ولده) بالاجماع لان سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشهادة القابلة حجة في ذلك بالاجماع أي باتفاق أصحابنا هذا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فتيقننا بالدعوى (قوله يرثانه الخ) فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع الى ماهو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشئ ثبت بلازمه الشرعي وان لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية (قوله وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت

(قوله ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده) هذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة أشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد قول المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الفصل الاول لتيقننا بقيام الولد في البطن وقت الاقرار وانما يثبت النسب لقيام الفراش بقوله ان كان في بطنها ولد فهو مني والحاجة الى تعيين الولد وذا يثبت بشهادة القابلة اجماعا (قوله فهي امرأته وهو ابنه ترثانه) فان قيل ينبغي أن لا ترث المرأة قلنا ان هذا النكاح

(ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهي أم ولده) لان سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة أشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى وقوله (ومن قال لغلام هو ابني) واضح واعترض بانه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في الاستحسان أيضا لان هذا النكاح يثبت له اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح على ماهو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت بما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما

قال على ماهو الاصل لئلا يرد نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض ورد بانا لانسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضى انما يثبت لتصحيح المقتضى لامحالة والمقتضى ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بان يكون عن وطء بشبهة أو يكون الولد ولدام الولد فلم يفتقر ثبوت النسب الى النكاح لامحالة وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان فانه قال فيه المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلم يمكن ان تكون ام ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة وحينئذ لا يكون عن وطء بشبهة وهو ظاهر

(باب الولد من احق به)

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لاتحتاج الى بيان (واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم ابوه أنه ينزعه منى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجى ولان الام أشفق) عليه لزيادة اتصاله بها من حيث يقص منها بالمقص (وأقدر على الحضانة) بلزومها البيت فكان فى التفويض اليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها (واليه أشار أبو بكر الصديق رضى الله عنه روى ان عمر خاصم أم عاصم بين يدى أبى بكر لينزع العاصم منها فقال له أبو بكر ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابة حاضرون متوافرون ولم ينكر أحد (والنفقة

معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة (ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها) لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة فى دفع الرق لا فى استحقاق الميراث والله أعلم

(باب الولد من أحق به)

(واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام أحق بالولد) لما روى ان امرأة قالت يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم أبوه انه ينزعه منى فقال عليه السلام أنت أحق به مالم تتزوجى ولان الام أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع اليها أنظر واليه أشار الصديق بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون

معروفة بحرية الاصل وانها أم الولد) واذا ثبت كونها حرة هى أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران فى مقابلة الظاهر القوى وكذا احتمال كونه طلقها فى صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه مالم يتحقق زواله (قوله فلا ميراث لها) قال التمرتاشى ولكن لها مهر المثل لانهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم (قوله لا فى استحقاق الارث) فلا يقضى به كالمفقود يجعل حيا فى ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث مفقود من أحد

(باب الولد من أحق به)

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد (قوله واذا وقعت الفرقة الخ) هو على الاطلاق فى غير ما اذا وقعت بردتها لحقت أو لا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان تابت فهى أحق به وما اذا لم تكن أهلا للحضانة بان كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا وأبت الام أن تربى الا بأجر وقالت العمة أنا أربى بغير أجر فان العمة أولى هو الصحيح (قوله فالام أحق بالولد) بالاجماع وان كانت كتابية أو مجوسية لان الشفقة لا تختلف باختلاف الدين (قوله لما روى أن امرأة) فى سنن أبى داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن امرأة قالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وثديى له سقاء وحجرى له حواء وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تنكحى رواه الحاكم وصححه وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا أراد بجده محمدا كان مرسلا واذا أراد به عبد الله كان متصلا فما لم ينص عليه يصير محتملا للارسال والاتصال وهنا نص على جده عبد الله وحجر الانسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية (قوله ولان الام أشفق عليه) ابداء لحكمة خصوص هذا الشرع وانما

ثابت بطريق الاقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهى تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح على ماهو الاصل ليس بمتنوع من نكاح وهو سبب لاستحقاق الارث ونكاح هو ليس بسبب له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ماهو من لوازمه التى لا تنفك عنه شرعا بطريق الاصالة بخلاف نكاح الكتابية والامة لانه من العوارض لا من الاصول فلا يرد نقضا والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الولد من أحق به)

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام أحق بالولد ولا تجبر عليه أى على أخذ الولد اذا أبت أو لم تطلب الا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فحينئذ تجبر الام على حضانته كيلا يفوت حق الولد أصلا لانه لا شفقة

(قوله ورد بانا لانسلم الخ) أقول صاحب الرد هو الاتقانى *(باب الولد من أحق به)*

(والنفقة على الاب) على ماسيجيء (قوله ولا تجبر الام عليه) أى على أخذ الولد اذا أبت أو لم تطلب لما ذكره الا ان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه (فان لم تكن له أم) بان ماتت أو تزوجت باجنبى فانها كالمعدومة حينئذ (فام الام وان بعدت) لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلى اليه بام فهى أولى ممن تدلى باب ويستوى فى ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شئ يحب ولده حتى الحبارى فان لم تكن له أم الام بالتفسير المار فام الاب أولى من الاخوات لانها

(قوله الا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فتجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه) أقول وفيه ان غير ذى الرحم المحرم لا يلزم أن يكون أجنبيا وجوابه لا يخفى (قوله فان لم تكن له أم الام بالتفسير المار) أقول يعنى المار باسطر وهو قوله فان لم تكن له أم بان ماتت أو تزوجت باجنبى الخ

(والنفقة على الاب) على ماذكر (ولا تجبر الام عليه) لانها عست تعجز عن الحضانة (فان لم تكن له أم فام الام أولى من أم الاب وان بعدت) لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات (فان لم تكن أم الام فام الاب أولى من الاخوات) لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها أوفر شفقة للولاد (فان لم تكن له جدة فالاخوات أولى من العمات والخالات) لانهن بنات الابوين

كانت أشفق عليه لانه كان جزأ لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وأقدر على الحضانة لتبتلها بمصالحه والرجل أقدر على الاكتساب فلذا جعلت نفقته عليه اذا لم يكن هوله بل وجعل عندها وقوله واليه أشار الصديق الخ يشير الى مافى موطأ مالك حدثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر رضى الله عنه فركب يوما الى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فاخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فادركته جدة الغلام فنازعته اياه فاقبلا حتى أتيا أبا بكر فقال عمر هذا ابنى وقالت المرأة ابنى فقال أبو بكر خل بينه وبينها فما راجعه عمر الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقى وزاد ثم قال أبو بكر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا توله والدة عن ولدها وفى مصنف ابن أبى شيبة حدثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلق جميلة بنت عاصم ابن ثابت بن أبى الافلح فتزوجت فجاء عمر فاخذ ابنه فادركته شموس أم ابنة عاصم الانصارية وهى أم جميلة فاخذته فترافعا الى أبى بكر فقال خل بينها وبين ابنها فاخذته ولابن أبى شيبة أيضا عن عمر انه طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفى حجرها عاصم فاراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى أبى بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فيختار لنفسه (قوله والنفقة على الاب على ماذكر) أى فى باب النفقة وهذا ان كان حيا فان كان ميتا فعلى ذى الرحم الوارث على قدر المواريث (قوله ولا تجبر) يعنى اذا طلبت الام فهى أحق به وان أبت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعى وأحمد والثورى ورواية عن مالك وفى رواية أخرى وهو قول ابن أبى ليلى وأبى ثور والحسن بن صالح تجبر واختاره أبو الليث والهندوانى من مشايخنا لان ذلك حق الولد قال تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين والمراد الامر وهو الوجوب والمشهور عن مالك لا تجبر الشريفة التى لا عادة لها بالارضاع وتجبر التى هى ممن ترضع فان لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدى غيرها أجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى واذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب أو محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى أن تعجز عنه لكن فى الكافى للحاكم الشهيد الذى هو جمع كلام محمد لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان اليها محتاجا بهذا اللفظ فافاد أن قول الفقيهين جواب الرواية وأما قوله تعالى فسترضع له أخرى فليس الكلام فى الارضاع بل فى الحضانة قال فى التحفة ثم الام وان كانت أحق بالحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر (قوله فان لم تكن) أى لم تكن له أم تستحق الحضانة بان كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ماتت فام الام أولى من كل أحد وان علت وعن أحمد أم الاب أولى وان استضعف بان أم الام تدلى بالام وهى المقدمة على الاب فمن يدلى بها أولادا أحق ممن يدلى به فان لم تكن للام أم فام الاب أولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت

للاجنبية أصلا كذا فى مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله ولا تجبر الام على الحضانة لانها عست لا تقدر واختيار أبى الليث والهندوانى رحمهما الله انها تجبر لان ذلك حق الولد وان امتنع الاب عن أخذ الولد بعد استغنائه عن الام تجبر لان نفقته وصيانته عليه (قوله فان لم تكن له أم) أى ماتت أو تزوجت أجنبيا فام الام أولى من أم الاب لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لان حق الحضانة بسبب الامومية وهى أم تدلى بام فهى أولى من أم الاب لانها تدلى بقرابة الاب وقرابة الام فى الحضانة مقدمة على

من الامهات وهذه الولاية بالامومة (ولهذا) أى ولكون الجدة من الامهات (تحرز ميراث الامهات السدس ولانها أوفر شفقة للولاد) أى لاجل الولاد (فان لم تكن له جدة فالاخوات أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن فى الميراث) وهذه رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب القرابة والاخت أقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال فى كتاب الطلاق والخالة أولى من الاخت لاب

اعتبارا بالمدلى به فان الخالة تدلى بالام وقد تايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل فى تفسير قوله تعالى ورفع أبويه على العرش انها كانت خالته وقوله (وتقدم الاخت لاب وأم) ظاهر ومعناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيهما من زيادة الشفقة قال فى النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق الا ترى ان الاخ لابوأم مقدم فى العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها كذا فى المبسوط والجامع الصغير لقاضيخان وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة بها أصلا بخلاف قرابة الاب فى استحقاق الحضانة فان لها ذلك عند عدم قرابة الام قال (وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها) كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها اذا تزوجت لما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به مالم تتزوجي ولان حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا أي قليلا وينظر اليه شزرا أى نظر المبغض فلا نظر له اذذاك (الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قائم مقام أبيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد) كالعم اذا تزوج بام الولد (لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال

ولهذا قدمن فى الميراث وفى رواية الخالة أولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل فى قوله تعالى ورفع أبويه على العرش انها كانت خالته (وتقدم الاخت لابوأم) لانها أشفق (ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب) لان الحق لهن من قبل الام (ثم الخالات أولى من العمات) ترجيحا لقرابة الام (وينزلن كما نزلنا الاخوات) معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام (ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) لما روينا ولان زوج الام اذا كان أجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال (الا الجدة اذا كان زوجها الجد) لانه قام مقام أبيه فينظر له (وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه) لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة (ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية)

الشقيقة أو الخالة أولى منها وعن مالك الخالة أولى من الجدة لاب لما فى الصحيحين ان عليا وجعفرا الطيار وزيد ابن حارثة اختصموا فى بنت حمزة فقال على أنا أحق بها هى ابنة عمى وقال زيد بنت أخى وقال جعفر بنت عمى وخالتها تحتى فقضى بها النبى صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلى أنت منى وأنا منك وقال لجعفر أشبهت خلقى وخلقى وقال لزيد أنت أخونا ومولانا ورواه أبو داود وقال فيه انما الخالة أم ورواه اسحق ابن راهويه وقال بعد قوله وأما أنت يازيد فاخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا كله تشبيه فيحتمل كونه فى ثبوت الحضانة أو غيره الا أن السياق أفاد ارادة الاول فيبقى أعم من كونه فى ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق به من كل من سواها ولا دلالة على الثانى والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها أحق من أحد بخصوصه أصلا ممن له حق فى الحضانة فيبقى المعنى الذى عيناه بلا معارض وهو أن الجدة أم ولهذا تحرز ميراث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولاد ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم تكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين وأولئك بنات الاجداد والجدات والشقيقة أولى من غيرها والتى لام أولى من الاخت لاب وبعد الاخت لاب الخالة وفى رواية كتاب الطلاق الخالة أولى من الاخت لاب لانها تدلى بالام وتلك بالاب وفى رواية كتاب النكاح الاخت لاب أولى من الخالة اعتبار القرب القرابة وتقديم المدلى بالام على المدلى بالاب عند اتحاد مرتبتهما قرابا فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة ثم الى الخالة لام ثم لاب ثم العمات على هذا الترتيب ثم الى خالة الام لاب وأم ثم لام ثم لاب ثم الى عماتها على هذا الترتيب وخالة الام أولى من خالة الاب عندنا ثم خالات الاب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين أن أولاد الاخوات لابوأم أحق من الخالات والعمات وان الاخت لام أحق من ولد الاخت الشقيقة وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان بنت الاخت تدلى الى من له حق الحضانة وأما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية (قوله لما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم مالم تتزوجي والنزر القليل والشزر نظر البغض

قرابة الاب وتستوى ان كانت مسلمة أو كتابية أو مجوسية لان حق الحضانة لها للشفقة على الولد ولا يختلف ذلك باختلاف الدين فان لم تكن فام الاب أولى وقال زفر رحمه الله الاخت لابوأم أو لام أو الخالة أحق من أم الاب لانها تدلى بقرابة الاب ومن سميناه بقرابة الام واستحقاق الحضانة باعتبار قرابة الام ولنا انها من الامهات حتى تحرز ميراثهن السدس ولانها أوفر شفقة باعتبار الولاد فان ماتت أو تزوجت أو لم تكن فالاخت لابوأم ثم لام ثم لاب (قوله وفى رواية الخالة أولى من الاخت) لاب اعتبارا بالمدلى به فان الخالة تدلى بالام والاخت لاب تدلى بالاب والام فى حق الحضانة مقدمة على الاب فكذلك من يدلى بقرابة الام يكون مقدما على من يدلى بقرابة الاب وتقدم الاخت لاب وام وعلى قول زفر رحمه الله هما مستويتان لان ثبوت هذا الحق بقرابة الام وهما سواء فى ذلك ثم على الرواية الاولى يدفع بعد الاخت لاب الى بنت الاخت لابوأم ثم الى بنت الاخت لام ثم الى الخالة وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان الاخت تدلى بمن له حق الحضانة وأما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل من حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية (قوله فاولاهم أقربهم تعصيبا) واذا اجتمع اخوة لابوأم فافضلهم صلاحا وورعا أحق به لان ضمه الى أقرب العصبات لمنفعة الولد ولهذا قدم الاقرب وضمه الى أبينهم صلاحا أنفع للولد لانه يتخلق باخلاقه وان كانوا فى ذلك سواء فاكبرهم أحق لقوله عليه السلام الكبر الكبر (قوله غير ان الصغيرة لاتدفع الى عصبة غير محرم) وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله فان لم يكن أحد من العصبة تدفع الى الاخ لام عند أبى حنيفة رحمه الله ثم الى ذوى الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد رحمه الله لاحق للذكر من قبل النساء والتدبير للقاضى يدفع الى ثقة يحضنه حتى يستغنى وعنه انه يثبت لهم الحق ولا حق لغير المحرم فى حضانة الجارية ولا للام التى ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق على الصغير وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لابوأم ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند أبى حنيفة رحمه الله فى النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصبات ولا تدفع الانثى ولو كان فى الاعمام من لا يؤمن على صبى

لان المانع قد زال (فان لم تكن للصبى امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم أقربهم تعصيبا) لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب فى موضعه غير ان الصغيرة لاتدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة (والام والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجى وحده وفى الجامع الصغير حتى يستغنى فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده (والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه اذا استغنى يحتاج الى التادب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم والاب أقدر على التاديب والتثقيف

ولو ادعى الاب أن الام تزوجت وأنكرت فالقول لها ولو أقرت بالتزوج الا أنها ادعت الطلاق وعود حقها فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها فى دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج (قوله فاختصم) المقصود انه اذا لم يكن للصغير امرأة من أهله أو وجب الانتزاع من النساء أخذه الرجال وأولاهم أقربهم تعصيبا لان الولاية عليه بالقرب ولذلك اذا استغنى عن الحضانة كان الاولى بحفظه أقربهم تعصيبا وقد عرف فى موضعه أى فى الفرائض وأولى العصبات الاب ثم الجد أبو الاب وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم شقيق الاب ثم لاب فاما أولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدأ بابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ولا تدفع الصغيرة اليهم لانهم غير محارم وانما يدفع اليهم الغلام واذا لم يكن للصغيرة عصبة تدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لابوأم ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية عند أبى حنيفة رحمه الله فى النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه آخر العصبات ولا تدفع الانثى اليه ولو كان فى المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبى وصبية لفسقه ليس له حق فى الامساك الكل من الكافى واذا اجتمع مستحقو الحضانة فى درجة كاخوة وأعمام فاصلحهم أولى فان تساووا فاسنهم وفى الفتاوى الصغرى فان لم يكن عصبة فالى ذوى الارحام على الترتيب (قوله حتى يأكل الخ) الذى فى الاصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وفى بعض نسخ النوادر ويستنجى وحده فضمه المصنف الى ما تقدم وفى نوادر ابن رشيد ويتوضأ وحده وذكر شمس الائمة انه لابد من أن يستنجى وحده انه لابد منه ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من النجاسة والا لم يقدر على تمام الطهارة

فان لم تكن للصبى امرأة من أهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم به أقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب فى موضعه) فى باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لابوأم فاصلحهم دينا وورعا أحق به لان ضمه اليه أنفع لانه يتخلق باخلاقه فان تساووا فاكبرهم سنا أحق به لان حقه أسبق ثبوتا فعند التعارض يترجح به كذا فى المبسوط غير أن الصغيرة لاتدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع الى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روى عن محمد وذكر التمرتاشى فان لم يكن واحد من العصبة تدفع الى الاخ لام عند أبى حنيفة ثم الى ذوى الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لاحق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضى يدفع الى ثقة تحضنه وقوله (والام والجدة أحق بالغلام) واضح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغنى وحذف لفظ يستنجى وذكر ان المعنى واحد وهو ظاهر

(قوله وان لم يكن للصبى امرأة من أهله فاختصم الرجال) أقول يعنى فاختصم فيه الرجال

وقوله (اعتبار الغالب) يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجي وحده وقوله (تحتاج الى معرفة آداب النساء) كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها (والمرأة على ذلك أقدر من الرجل و بعد البلوغ تحتاج الى التحصين) بالتزويج وولاية التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة (والاب فيه أقوى وأهدى) لان للرجال من الغيرة ماليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا تتمكن الام من ذلك وروى هشام عن محمد أنها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة الى الصيانة وحد الشهوة أن تبلغ أحدى عشرة سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه أبو الليث حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت ست سنين أو سبع أو ثمان ان كانت عبلة وقوله (ومن سوى الام والجدة) يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات أو الخالات أو العمات فانها تترك عندهن الى أن تبلغ حدا تشتهى على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الام والجدتين ولاية الاستخدام (ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم بخلاف الام والجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا والامة اذا أعتقها مولاها وأم الولد اذا أعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان أوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية أحق بولدها المسلم) بان كان زوجها مسلما (مالم يعقل الاديان أو يخاف) بالرفع على الاستئناف (ولا و بالجزم عطفا على يعقل (أن يألف الكفر) لان الدفع اليها قبل ذلك أنظر للصبي و بعده يحتمل الضرر بانتقاش أحوال الكفر في ذهنه

والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبار الغالب (والام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض) لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر و بعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه أقوى وأهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة (ومن سوى الام والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني) لانهم لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال (والامة اذا أعتقها مولاها وأم الولد اذا أعتقت كالحرة في حق الولد) لانهما حرتان أوان ثبوت الحق (وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما) عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى (والذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر) للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده

(قوله والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين) وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لا ماقيل انه يقدر بتسع لان الاب مامور بان يامره بالصلاة اذا بلغها وانما يكون ذلك اذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظران كان يأكل وحده و يلبس وحده دفع والا فلا (قوله وعن محمد رحمه الله انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة) وهي رواية هشام عنه وفي غياث المفتين الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن أبي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة ليبنى عليها أخذ الاب وثبوت حرمة المصاهرة قالوا بنت تسع مشتهاة وخمس ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا (قوله ومن سوى الام والجدة) يعني الجدتين من قبل الام والاب (قوله لانهم لا تقدر على استخدامها) شرعا وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب انما يحصل بالاستخدام (بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا) ولذا جاز أن تؤاجرها قال الحاكم الجليل الشهيد فان كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وأخوها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث أحبت في مكان لا يتخوف عليها (قوله والامة اذا أعتقها مولاها وأم الولد اذا أعتقت كالحرة في حق الولد) وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه أحق به منها وان كان حرا كانت أحق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى أعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي أمة فالولد لمولاها وهو أولى به من الاب لانه مملوكه وكذا اذا كان الزوج حرا ولم يفارق أمه فالمولى أحق بالولد لكن لا يفرق بينه و بين أمه للنهي عن ذلك ذكره في الكافي وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان ولدت بعده فهي أولى به لدخوله تحت الكتابة (قوله و يخاف) بالرفع استئنافا وفي بعض النسخ أو يخف بالجزم عطفا على يعقل وتمنع أن تغذيه الخمر أو لحم الخنزير وان خيف ضم الى ناس من المسلمين و يروى بالنصب أيضا على معنى الى أن يخاف مثله في قوله لالزمنك أو تقضيني حقي ولكن هذا في أو لا الواو وقال الشافعي وأحمد ورواية عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وأبي ثور وقوله للنظر قبل ذلك دافع لقولهم وحاصله ان الانظر للصغير أن يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه ومافيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بماذكرنا

وصية لفسقه ليس له حق الامساك (قوله اعتبار الغالب) لان الغالب ان الصبي اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجي وحده قال عليه السلام مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا والامر بالصلاة لا يكون الا بعد القدرة على الطهارة (قوله تحتاج الى معرفة آداب النساء) من الغزل والطبخ وغسل الثياب وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اذا بلغت حد الشهوة فالاب أحق بها وذكر في غياث المفتين ان للاب ولاية أخذ الجارية اذا بلغت حد الشهوة قال والاعتماد على هذه الرواية لفساد الزمان واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة في قولهم جميعا (قوله لانهم لا يقدر على استخدامها) أي سوى الام والجدة من الاقرباء مثل الاخوات والخالات والعمات لا يقدرن على استخدام الصغير وذكر في الاقضية ان تعليم الآداب انما يحصل بالاستخدام واستخدام الصغير لا يحل بغير الام والجدة فلا يحصل معنى التعليم (قوله ولا خيار للغلام والجارية) وقال الشافعي رحمه الله تعالى اذا كان مميزا يخير بين الابوين فيكون عند من يختار منهما و يستوي في هذه الغلام والجارية لما روي ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني ونفعني فقال عليه السلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به (قوله أو يحمل على ما اذا كان بالغا) فانها قالت نفعني

قال المصنف (أو يخاف أن يألف الكفر) أقول قال ابن الهمام و يروى بالنصب أيضا على معنى الى أن يخاف مثله في قولك لالزمنك أو تقضيني حقي ولكن هذا في أو لا في الواو اه والموجود في نسختنا هو أو

(ولا خيار للغلام والجارية) وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه و بين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة لم يخيروا وأما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الانظر بدعائه عليه السلام أو يحمل على ما اذا كان بالغا

(قوله ولا خيار للغلام) يعني اذا بلغ السن الذي يكون الاب أحق به كسبع مثلا أخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك وعند الشافعي يخير الغلام في سبع أو ثمان وعند أحمد واسحق يخير في سبع فاذا اختار أحدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عاد واختار الاول أعيد اليه هكذا أبدا قال في المغني وهذا لم يقل به أحد من السلف والمعتوه لا يخير و يكون عند الام (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) أخرج الاربعة عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين أبيه وأمه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة قبل أن يروي الحديث حاصلها انه خير غلاما في واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر وأجاب عن الحديث بوجهين أحدهما انه صلى الله عليه وسلم دعا أن يوفق لاختيار الانظر على ما رواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان انه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فجاء بابن لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب هنا والام هنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى أبيه وفي لفظ آخر انه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فاقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية وأقعد الصبية ناحية وقال لهما ادعواها فمالت الصبية الى أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى أبيها فأخذها وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة وأخرج ابن ماجه والنسائي في سننه عن اسمعيل بن ابراهيم بن علية رضي الله عنهم حدثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة أن أبوين اختصما في ولد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما كافر فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه الى الكافر فقال اللهم اهده فتوجه الى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذكر الروايتين اختلف في أنه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روي من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أن أبويه اختصما فيه رواه ابن أبي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لان عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لا يعرفون ولو صحت لا ينبغي أن يجعل خلافا للرواية

(ولا خيار للغلام والجارية) يعني بين الابوين (وقال الشافعي لهما ذلك) اذا بلغ سن التمييز ويسلم الى من اختار فان اختار الاب لا يمنع من الزيارة وان اختار الام فعلى الاب مراعاته وتسليمه الى المكتب والحرفة (لان النبي صلى الله عليه وسلم خير) غلاما بين الابوين روى رافع بن سنان انه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية وقال لها أقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى أبيها فاخذها (ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة) أي الخفض والراحة وكلامه واضح ولكن قوله (أو يحمل على ما اذا كان بالغا) فيه نظر لان المذكور في قصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان بالغا والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاما ولا غيره ليتناول ما روينا وما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغر فاول المصنف رحمه الله الاول بقوله قلنا قد قال عليه السلام الخ والثاني بقوله أو يحمل على ما اذا كان بالغا

(فصل) (واذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك) لما فيه من الاضرار بالاب (الا أن تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه) لانه التزام المقام فيه عرفا وشرعا

أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فانهم ثقات وهو وأبوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وأفاد ان المراد بقوله عن أبيه عن جده جد أبيه قال فانه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخيير غيره صلى الله عليه وسلم مع دعائه فحسب بعده صلى الله عليه وسلم اعتبار مظنة الانظر به وهو فيما قلنا ثانيهما انه كان بالغا بدليل الاستقاء من بئر أبي عنبة ومن دون البلوغ لا يرسل الى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه غالبا ونحن نقول اذا بلغ فهو مخير بين أن ينفرد بالسكنى وبين أن يكون عند أيهما أراد الا أن يبلغ سفيها مفسدا فحينئذ يضمه الى نفسه اعتبار النفسه بماله ولا نفقة له على الاب الا أن يتطوع أما الجارية فان بلغت بكرا ضمها الى نفسه وان بلغت ثيبا فلها أن تنفرد بالسكنى الا أن تكون غير مامونة على نفسها لا يوثق بها فللاب أن يضمها اليه وكذا الاخ والعم الضم اذا لم يكن مفسدا وان كان فحينئذ يضعها القاضي عند امرأة ثقة ولهذا اصح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا على ما تقدم من قصة عمر مع أبي بكر وما أسند عبد الرزاق عن عمر انه خير ابنا بين أبيه وأمه فاختار أمه فانطلقت به محمول على انه عرف ميل الابن الى أمه وهي في الواقع أحق بحضانته فاحب تطييب قلب الاب من غير مخالفة للشرع بخيره يدل عليه ما تقدم انه لم يراجع أبا بكر الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان أبا بكر كان اماما يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وان خالف رأي المحكوم عليه فالوجه ماذكرنا ليوافق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قدمناه أول الباب

(فصل) اذا ثبت حق الحضانة للام فارادت أن تخرج بالولد الى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد ايفاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه وان كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلدة التي تريد الخروج اليها بلدها وقد وقع العقد فيها أولا ففي الاول ليس للاب منعها وان بعدت كالكوفة من الشام الا أن تكون دار حرب وهو مسلم أو ذمي وان كانت هي حربية ولو كان كلاهما مستامنا جاز لها ذلك لانه لما عقد النكاح به فالظاهر انه يقيم به غير انه اذا خرج بعد ذلك وقد أعطاها المهر وجب عليها المتابعة أو تابعته بلا وجوب واذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الامر الى الاول ولو كانت لا ولاد غيبا بان تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له أولادا فخرج بهم الى الكوفة ثم طلقها فخاصمته فيهم ليردهم اليها فان أخرجهم باذنها ليس عليه أن يجيء بهم اليها ويقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان بغير اذنها فعليه أن يجيء بهم اليها وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه أو عقد فيه وليس مصرها على أصح الروايتين كما سيذكره المصنف الا أن تخرج الى مصر قريب بحيث لو خرج الاب لمطالعة الولد أمكنه أن يبيت في أهله أو قريته كذلك وكان العقد في قريته لانه كالانتقال من حارة الى حارة وان لم يكن العقد في قرية بل مصر فليس لها اخراجه الى القرية القريبة هذا فيما بين الاب والام أما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة

وسقاني من بئر أبي عنبة وتلك البئر لا يستقي منها الا بالغ ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله أن ينفرد بالسكنى وليس للاب أن يضمه الى نفسه الا أن يكون مخوفا عليه مفسدا وأما الجارية اذا كانت بكرا فللاب أن يضمها الى نفسه وكذا الاخ والعم الا أن يكونا مفسدين فتوضع عند امرأة ثقة وان كانت ثيبا فلها أن تنفرد بالسكنى وتنزل حيث شاءت الا أن تكون مخوفة على نفسها فيضمها الاب اليه وان كانت البكر قد دخلت في السن واجتمع لها رأيها وعقلها وأخوها وعمها مخوف عليهما فلها أن تنزل حيث شاءت في مكان لا يتخوف عليها لان الضم كان لخوف الفتنة بسبب الانخداع وفرط الشبق وقد زال حين دخلت في السن واجتمع لها عقلها ورأيها والله تعالى أعلم بالصواب *(فصل)* (قوله واذا أرادت المطلقة) أي بعد انقضاء العدة

(فصل) لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الاخراج الى القرى وغيره في فصل على حدة (واذا أرادت المطلقة) بعد انقضاء العدة (أن تخرج من المصر) فذلك على أربعة أقسام اما أن تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه واما أن تخرج الى ماليس وطنها ولم يقع فيه العقد وأما أن تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه وأما أن تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهي الاقسام العقلية فان اتفق أمران جميعا بان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز والا فلا كما ذكر في الكتاب وقوله (لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا) دليل المستثنى

(فصل) واذا أرادت المطلقة)

قال

وقوله (ولهذا يصير الحربي) أي الشخص الحربي ذكرا كان أو أنثى (به) أي بالتزوج في بلدة (ذميا) قال في النهاية وهذا وقع غلطا لان المصنف ذكر في السير وذكر أيضا في سير سائر الكتب اذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع وأجيب بان الضمير في به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤل الى أن يقال انه بالتزوج في بلد التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذميا ويلزم منه أنه بالتزوج في بلد يصير الحربي ذميا فعاد المحذور وان لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال في محل البحث فلا يليق ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربي الى الحربية ويجوز أن يقال لا حاجة الى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحربي صفة لشخص كما قدرنا في أول البحث وحينئذ يراد به الحربية ولكن ذكره بتأويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطا الى كونه ملبسا ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان فجعل ماذكره هنا وجه القياس لان التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لاسيما اذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة وماذكر في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على التزام المقام كتزوج الحربية للذمي الا أن قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع ورد بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصح بناء الجواب على ذلك وأجاب شيخ شيخي العلامة عبد العزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهما وأقول ان ثبت في حربي يتزوج في بلد المسلمين أن يصير به ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل مما في القدوري والجامع الصغير ماذكره في الكتاب وهو واضح وأما في عكس هذه المسئلة وهي أن تخرج الى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها أن تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات وأما القسم الآخر

قال عليه السلام من تاهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان أرادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وقد ذكر في الجامع

للعدة فليس لها أن تنتقل بالولد الى مصرها لانه لم يكن بينهما عقد وكذا أم الولد اذا أعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لانه لا عقد بين الاب وأم الولد ولنتكلم على فصول الكتاب (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم) في مسند ابن أبي شيبة حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن ابراهيم الازدي عن عبد الرحمن بن الحرث بن أبي ذباب أن عثمان رضي الله عنه صلى بمنى أربعا ثم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تاهل في بلدة فهو من أهلها يصلي صلاة المقيم واني تاهلت منذ قدمت مكة ورواه أبو يعلى كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلد فهو من أهله وانما أتممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الازدي (ولهذا يصير الحربي به ذميا) ظاهره ان بالتزوج يصير الحربي ذميا ودفع في الكافي بانه خلاف المصرح به بل لا يصير الحربي بالتزوج في دار الاسلام ذميا لانه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود وانما ذلك في الحربية اذا تزوجت في دار الاسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما وانما يصح بحمل الحربي على ارادة الشخص الحربي فيصح مرادا به الحربية وبتجويز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لو سيق الكلام له وفي النهاية وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اتصل قوله وان أرادت الخروج بقوله فهو منهم وماذكر هنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا لا حاجة الى تكلف توجيهه بما قلنا وبغيره وتحميل المصنف اياه مع أنه لا يصح لان مرجع الضمير ان كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوج المرأة الحربية على صيرورته من أهلها والحال ان صيرورتها كذلك لامر يخصها لا يوجد في حقه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته (قوله أشار في الكتاب) أي القدوري وقيل المبسوط والاول أولى لانه معتاد المصنف

(قوله من تاهل ببلدة فهو منهم) أي حكمه حكمهم حتى ان عمر رضي الله عنه لما دخل مكة أتم صلاته فقيل له خالفت السنة فقال لم أخالف وتمسك بهذا الحديث وقال تزوجت بمكة فصرت من أهلها (قوله ولهذا يصير الحربي به ذميا) هذا على ظاهره غير صحيح فانه ذكر في السير الكبير ان الحربي اذا دخل دارنا بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام وقيل لم تكن هذه الجملة في نسخة قوبلت مع نسخة المصنف وقيل في بعض النسخ وانما لا يصير الحربي به ذميا لانه يعارضه ما هو أقوى منه وهو الانفة من قبول الجزية وقيل أراد الشخص الحربي وهي الحربية فانها بالتزوج تصير ذمية ولهذا وقع في بعض المواضع ولهذا تصير الحربية به ذمية وقيل يرجع الضمير في به الى التزام المقام (قوله أشار في الكتاب) أي في مختصر القدوري وهو قوله الا أن تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه وهذا يفيد اشتراط الوطن والتزوج فيه وان أرادت

(قوله ويجوز أن يقال لا حاجة الى قوله لان التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا) أقول ولا يخفى عليك ما فيه مع انه مخالف لما يذكره المصنف في وجه ما في مختصر القدوري ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا فتأمل في جوابه (قوله وأقول ان ثبت في الحربي الخ) أقول فيه تامل

وهومالايكون وطنها ولاوقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الاقسام الباقية (قوله والحاصل) ظاهر مماذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين لابدمن وصف آخر هو شرط فيه أيضا وهو أن لاتنتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية بالتزوج فى دار الاسلام تصير ذمية فانى يتسنى لها الانتقال اليها والجواب أن مراده مسلم عقد على مسلمة فى وطنها دار الحرب فخرجا الينا و وقعت الفرقة فيما بينهما فارادت الخروج الى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وان وجد الامران جميعا والباقى ظاهر

*(باب النفقة)

لما فرغ من بيان حق الحضانة للمولود ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره والنفقة اسم بمعنى الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشئ بما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية أصل النسب فقدم عليه والنسب أقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزأ منه وكذا على الوالدين قال (النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت أو كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله)

الصغير أن لها ذلك لان العقد متى وجد فى مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب التسليم فى مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول أن التزوج فى دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا أصح والحاصل انه لابد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت أما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت فى بيته فلا بأس به وكذا الجواب فى القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا بأس به لان فيه نظر الصغير حيث يتخلق باخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفى عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق أهل السواد فليس لها ذلك

(باب النفقة)

قال (النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها

ولا يستفاد الثانى لعدم المعهودية ووجهه ان قوله الا أن تخرج بها الى وطنها يفيد ان غيره داخل فى الحظر والذى وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق أى من الاصل وفى العكس وهو ما اذا أرادت الانتقال الى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات (قوله كما يوجب البيع التسليم فى مكانه) أى اذا كان المبيع فى ذلك المكان لا مطلقا فان فى الفتاوى من باع شعيرا أو الشعير فى القرية والمشترى يعلم ذلك يستحق تسليمه فى مكانه لا فى مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء تسلمه فى مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حق امساك الاولاد لان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات فى مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسلم (قوله تفاوت) أى بعد وفى عكسه وهو أن ينتقل من المصر الى القرية لا يجوز وان كانت القرية قريبة الا اذا وقع العقد فيها وهى قريتها فحينئذ لها ذلك ذكره فى شرح الطحاوى وفى شرح البقالى ليس لها ذلك بحال وقع العقد هنالك أولا والاول هو المنصوص ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى الذى هو كلام محمد اذا كان أصل النكاح فى رستاق وله قرى متفرقة فارادت أن تخرج بهم من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة ينظر بعضها الى بعض مالم يكن ذلك يقطعه عن أبيه اذا أراد أن ينظر اليه من يومه واذا أرادت أن تخرجه من مصر جامع الى قرى ان كانت قريبة منها فليس لها ذلك الا أن يكون النكاح وقع فى تلك القرى وفيه أيضا وليس للمرأة أن تشترى لولدها وتبيع وان كانت أحق به الا أن تكون وصية والله أعلم

(باب النفقة)

الانتقال الى مصر فيه أصل النكاح وليس بمصرها فلها ذلك فى رواية الجامع الصغير وليس لها ذلك فى رواية الاصل وهذا أصح وفى عكسه بان أراد الانتقال الى مصرها ومصرها لكن لم يكن أصل العقد بها لم يكن لها أن تنتقل بالاولاد باتفاق الروايات كذا ذكره الامام الكسائى رحمه الله تعالى (قوله كما يوجب البيع التسليم فى مكانه) يريد به اذا كان المبيع فى مكان العقد ذكر فى الفتاوى ان من باع شعيرا والشعير بالقرية والمشترى يعلم ذلك يستحق تسليمه فى مكانه لا فى مكان العقد وان لم يعلم بذلك فهو بالخيار ان شاء سلمه فى مكانه وان شاء فسخ العقد ولو تعين مكان العقد لما كان للمشترى الخيار ذكر فى شرح الطحاوى ولو أرادت الانتقال من دار الاسلام الى دار الحرب ليس لها ذلك وان كان أصل النكاح وقع هنالك وهى حربية بعد أن يكون زوجها مسلما أو ذميا وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك (قوله ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا بأس به) يريد به اذا كانت قريبة من المصر والله تعالى أعلم بالصواب

(باب النفقات)

(قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة اذا سلمت نفسها فى منزله) قال بعض المتأخرين

(قوله وفيه نظر لان الحربية بالتزوج الخ) أقول فيه ان الغرض وقوع العقد فى دار الحرب فكيف ينمشى النظر

(باب النفقة) أقول النفقة فى الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه وكسوتها

وكسوتها وسكناها) والاصل فى ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام فى حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضى والعامل فى الصدقات

النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت أو من النفاق وهو الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشرى أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفى ونفد وفى الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير باسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هى الاصل فى ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل فى ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير الوالدات المتقدم ذكرهن قيل هى الزوجات وقيل هى المطلقات والاول هو الظاهر وقال تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وقال تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى خطبته بعرفة فى حجة الوداع كما قدمناه فى ضمن حديث جابر الطويل فى الحج فاتقوا الله فى النساء فانهن عوان عندكم اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفى الصحيحين أن هندا بنت عتبة قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بنى الا ما آخذ من ماله بغير علم فقال صلى الله عليه وسلم خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بنيك والاحاديث كثيرة فى الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبى رحمه الله من قوله ما رأيت أحدا أجبر على نفقة أحد يجب تأويله والله أعلم بصحته (قوله وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره) أى المنفعة ترجع الى غيره كان نفقته عليه نخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد رجع عليها بما أخذت ما لو أنفق عليها بلا فرض القاضى فلا يرجع وفى الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه فان لم يقر بان الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبى يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة وذكر فى موضع آخر لا تستحقها عندهما أيضا لانه ممنوع عن وطئها ولو أقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم أصله فى المحرمات والله أعلم (قوله أصله العامل فى الصدقات) والمفتى والوالى والقاضى والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا بدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات صيانة للمياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن أولا ولو غنيات وقوله اذا سلمت نفسها فى منزله ليس شرطا لازما فى ظاهر

ذا لم تزف الى بيت زوجها لا تستحق النفقة وهو رواية عن أبى يوسف رحمة الله تعالى عليه وذكر فى المبسوط وفى ظاهر الرواية بعد صحة العقد تجب لها النفقة وان لم تنتقل الى بيت زوجها والفتوى على ظاهر الرواية وذكر فى المحيط والايضاح واذا تزوج امرأة فطلبت النفقة قبل أن يحولها الى منزله فلها النفقة اذا لم يطالبها الزوج بالنقلة لان النفقة حقها والانتقال حقه فاذا لم يطالبها به فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها وان طالبها الزوج بالنقلة فان لم تمتنع عن الانتقال الى بيت زوجها فلها النفقة أيضا وأما اذا امتنعت عن الانتقال ان كان الامتناع بحق بان امتنعت لتستوفى مهرها فلها النفقة وأما اذا كان الامتناع بغير حق بان كان أوفاها المهر أو كان المهر مؤجلا أو وهبته منه فلا نفقة لها (قوله فكل من كان محبوسا بحق مقصود بغيره كانت نفقته عليه) ولا يرد على هذا الكل الرهن فانه وان كان محبوسا بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق وأن يكون أحق به من سائر الغرماء فكان تجب نفقته على المرتهن لكن يحصل مقصود أيضا وهو

قال فى النهاية هذا الشرط ليس بلازم فى ظاهر الرواية فانه ذكر فى المبسوط وفى ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال فى الايضاح وهذا لان النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها (والاصل فى ذلك) أى فى وجوب النفقة (قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته) أمر بالانفاق والامر للوجوب (وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) أى بالوسط وقال الزجاج فى تفسيره بما يعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة على للوجوب (وقوله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع) أوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا وأن لا يأذن فى بيوتكم لاحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح (و) ان (لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من

 كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضى والعامل فى الصدقات)

ونوقض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هي على الراهن وأجيب بان الرهن محبوس بحق الراهن أيضا وهو كونه موفيا عند الهلاك ولهذا (١٩٤) لم تجب النفقة على المرتهن (وهذه الدلائل) يعني التي ذكرها من الكتاب

وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر في ذلك حالهما جميعا) قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره أنهما اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات

الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطالب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط النفقة أيضا وان كان لغير حق حينئذ لا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن أبي يوسف واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ أبي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو انه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هي تجب النفقة لانها اسلمت نفسها ولكنه رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها (قوله وعليه الفتوى) اختار المصنف قول الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال في التحفة انه الصحيح ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والاعسار في اعسارهما وانما يظهر الخلاف في الاختلاف كما اذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب في الاول نفقة فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى ظاهر الرواية يجب في الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسر وكانه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى حينئذ ان يقول فان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها ووجهه انه يصلح رد الاعتبار حاله فقط يعني اذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قول من يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لا بد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما فيلزم اعتبار حالهما ويورد عليه ان حديث هند خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة أولا والمعسر معسرة كانت أولا فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز وأفاد المصنف دفع هذا بقوله وأما النص فنقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في قدر ما يجب لها والحديث أفاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث أفاد اعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بان يكون الواجب عليه أكثر مما اذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته اللهم الا أن يقال يجوز علمه صلى الله عليه وسلم بان زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تاخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث يتجه بالنسبة الى هذه الآية أما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الا أن هذه في المتعة لا في النفقة ويدعى الفرق بين المتعة

أن يكون موفيا دينه عند الهلاك (قوله ويعتبر في ذلك حالهما) الى قوله وفوق نفقة الموسرات فاذا كان الزوج موسرا مفرط اليسار نحو أن يأكل الحلواء والحمل المشوي والباجات والمرأة فقيرة بان كانت تاكل في بيتها خبز الشعير يطعمها فيما بين ذلك خبز البر وباجة أو باجتين وكذلك ان كانت موسرة والزوج معسر وقال الكرخي رحمه الله وهو ظاهر الرواية يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى لينفق ذو

والسنة (لا فصل فيها فيستوي المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما) هذا لفظ القدوري قال المصنف (وهذا) أي اعتبار حالهما في ذلك (اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره) أي تفسير قول الخصاف وهو على أربعة أقسام قسمة عقلية اما أن يكونا موسرين أو معسرين أو الزوج موسرا والزوجة معسرة أو بالعكس من ذلك ففي الاول تجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج ياكل الحلوى والحمل المشوي والباجات والمرأة كانت تاكل في بيتها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بان يطعمها ما ياكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تاكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين ولم يذكر المصنف القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال له تكلف أن تطعمها خبز البر وباجة أو باجتين كي لا يلحقها الضرر ولم يزد على ما فهم من القسم الثالث من توسيط الحال وقال وفي ظاهر الرواية يقول لما زوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج الا بحسب حاله وقال

(قوله فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة) أقول يعني القاضي يفرض لها نفقة

(وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي) وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا والدليل عليه (قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته) ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وأمره بالانفاق فلا مصير الى غيره وجه الاول يعني قول الخصاف في اعتبار حالهما (قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان) روى البخاري باسناده الى عائشة رضي الله عنها أن هندا بنت عتبة قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها) والقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به فاذن الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن (١٩٥) وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاف (وهو) أي اعتبار حالهما هو (الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة) يعني على كفايتها نظرا الى حال الزوج وأجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله (ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب ان ينفق بقدر وسعه) لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن ان زادت كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز وقوله (ومعنى قوله بالمعروف الوسط) اشارة الى ما قدمنا ان تفسير قوله تعالى وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وعلى المولود له اعتبر الرجل وقال بالمعروف اشارة الى أن لا يزاد على ما في وسعه ان كانت حالتها تقتضيه ووجه كونه جوابا انه اذا كان مفسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب (قوله وبه) أي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك (يتبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا) لانها مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والاماكن ففي التقدير قد يكون اضرارا قال (وان امتنعت من تسليم نفسها) ان امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبي حنيفة فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان تطالب المهر المعجل أولا فان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر

وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه (وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لانه

والنفقة بناء على انها ليست مسلمة كما لو سلمت الكسوة بل هي بدل نصف المهر أو ان قوله متاعا بالمعروف الآية يقيده بالقدرتين أي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لان المعروف أن لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة (قوله وهو الواجب) أي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما وقد يقال لا يتمشى على جميع أقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في أوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط وأما في يسارهما فيمكن أن يقال تجب نفقة هي وسط في اليسار وأما في اعسارهما فيجب أيضا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان اعسارهما غاية في الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله أو حالهما لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله صلى الله عليه وسلم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند غاية اعسارها واعساره المعروف دون التوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا مادوما (قوله لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه) لانه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي

سعة من سعته ووجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها والنص يقتضي اعتبار حاله فيعتبر حالهما عملا بهما وكل جواب عرفته في النفقة من اعتبار حاله أو حالهما فهو الجواب في الكسوة (قوله والباقي دين في ذمته) أي بالقضاء أو التصالح (قوله

(قوله والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد) أقول لا يبعد أن يدعى شهرته (قوله فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين الخ) أقول من تامل في كلام المصنف تبين له عدم مطابقة هذا الشرح للمشروح فانه ينادي على ان لا معارضة بينهما

والنفقة حق لها من حقوقها فطالبته أحدهما لا يسقط الآخر وان كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك وانما قيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا أو كرها فلا تبطل النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها فالجواب انا لا نسلم أنها لم تفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وذلك قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا تتصور وقوله (بخلاف ما اذا امتنعت) متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله (وان كانت صغيرة لا يستمتع بها) أي لا توطأ (فلا نفقة لها) سواء كانت في منزل الزوج أو لم تكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق الجماع (لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح) وهو الجماع أو دواعيه (ولم يوجد) لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة وأجيب بان الدواعي غير فائتة بان يجامعهن تفخيذا أو غيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة وقال

منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت (وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله) لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها (وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين

المبسوط وكل جواب عرف من اعتبار حاله أو حالهما في النفقة ففي الكسوة مثله واذا اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في العسرة كذا في الاصل وأشار شيخ الاسلام الى أن القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد في الزيادات ومن المتأخرين من قال ينظر الى زيه الا في العلوية والفقهاء واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضي أن يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي وان فعله فاتاه عنه انه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا أن يخبره بذلك عدلان انهما علما ذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين فان أخبراه من وراء وراء لم يؤخذ بقولهما فان أقامت البينة انه موسر فاقام الزوج انه محتاج أخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في الحاكم (قوله حتى تعود الى منزله) يفيد ان النشوز المستعقب لسقوط النفقة ماخوذ فيه خروجها عن منزله والتحرير ان الماخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء الى المنزل سواء كان بعد خروجها أو امتنعت عن أن تجيء الى منزله ابتداء بعدا يفائه معجل مهرها أو عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل أن تساله أن يحولها الى منزله أو يكتري لها منزلا فان كانت سالته في ذلك لتنتفع بملكها فابى فمنعته الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن في أرض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي الفتاوى للنسفي لو كان يسمرقند وهي بنسف فبعث اليها أجنبيا ليحملها اليه فابت لعدم المحرم لها النفقة (قوله لا يستمتع بها) أي لا توطأ وصرح في الذخيرة بان المراد من الاستمتاع الوطء وبه قيد الحاكم قال لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى أن تصير الى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج أو الاب واختلف فيها فقيل أقلها سبع سنين وقال العتابي اختيار مشايخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله يختلف باختلاف البنية وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا أما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فرجع الضمير للوالدات فلا يتناول الصغار وأما قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق يعني على من يستحقها ولم ينص على من يستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن ألا ترى ان ليس كل

ان نشزت فلا نفقة لها) فان قيل النص مطلق قلنا خص بدلالة النص لان الله تعالى أمر في حق الناشزة بمنع حقها في الصحبة لقوله تعالى واهجروهن في المضاجع وهي مشتركة بينهما فلان لا تجب النفقة وهي مختصة بها أولى والناشزة هي الخارجة عن منزل الزوج المانعة نفسها منه بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم ولو كان المنزل ملكها فمنعته من الدخول عليها لا نفقة لها لانها ناشزة الا أن تكون سألته أن يحولها الى منزله أو يكتري لها منزلا لان الامتناع هنا فات بمعنى منه ولو كان السكنى في أرض الغصب فامتنعت منه لها النفقة لانها ليست بناشزة (قوله وان كانت صغيرة لا يستمتع بها) أي لا يوطأ مثلها وان كانت مثلها توطأ فلها النفقة والاحتباس ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي الى الجماع والصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه أيضا ولهذا تجب النفقة للرتقاء

(له مستحق بالنكاح وهو الجماع) أقول الاظهر الموافق لما ذكر في أواخر باب العنين ان يقول وهو التمكن من الجماع

وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة

زوجة يستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه وأما حديث جابر فقوله صلى الله عليه وسلم فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن ونقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك أو طريقه ولو سلم فالاتفاق على ان عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة أجنبية فاستحقاقها النفقة اما أن يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها لعلى قصوره الحاقا للملك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة أو لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج أعني الوطء أو دواعيه أو لاحتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا أن يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه وهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على أحد الاوجه التي ذكرناها وسنوردها وجها وجها وأيضا عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة أيضا عوضا والا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على ألف وعبد لان الملك معوض يثبت جملة وهو تمام لعلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت أيضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيأ فشيأ ولو كانت جزأ من العوض لزم جهالة أحد العوضين فانما تجب بحادث شيأ فشيأ وهو الاحتباس نظرا الى بقائه وهذا طريق المصنف وعلى هذا يجب أن يقول النفقة في المرقوقة أيضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملته الوطء ان أمكن لا للملك وهذا حق ألا ترى انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لانتقاضه بالناشزة وأما الثاني فهو العلة لظهور أثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما لم نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام لئلا يكون سبرا فلما أثبتنا المناسبة بظهور الاثر لم يبق الا صورة السبر وانما هو في الحقيقة اثبات عليه ما عيناه بظهور أثره وابطال ما عينوه هذا وقد نقض بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها لكبرها فان لهن النفقة ولا احتباس للوطء وأجيب بان المعتبر في ايجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود في هؤلاء بان يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فانها لا تكون مشتهاة أصلا فلا تجامع فيما دون الفرج حتى ان كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة قالوا فعلى هذا التعليل اذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة وهذا على من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهى للجماع فرض محال لانها اذا لم تكن بحيث تشتهى للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج نعم هنا شيء وهو ان قولنا الصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل معناه لا تشتهى للوطء أو لا تطيق الوطء فان كان الاول فالملازمة حقة وان كان الثاني فان ثبت التلازم بين عدم الاطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك والا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الاطاقة مطلقا ولا من واحد ممن يطيق الوطء والظاهر ان من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة وان لم تطقه من خصوص زوج مثلا فتجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها نفقة وفي خزانة الفقيه أبي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة اذا لم يكن لها عليه مهر

والفتقاء والقرناء والمرأة التي أصابها بلاء تمنعه عن الجماع لبقاء الانتفاع بها من حيث الدواعي (قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك) ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد وهذا لان ما يكون عوضا عن الملك في المحل يجب جملة لان الملك في المحل يحصل للزوج جملة فلما لم يجب جملة علم ان وجوبها للاحتباس الموصل الى المستحق بالنكاح

(وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين) وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة والصغير والكبير فيها سواء كالمملوكة (ولنا ان المهر عوض عن الملك) لان العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا تكون النفقة عوضا لئلا يجتمع عوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة)

(قوله وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة الخ) أقول فعلى هذا لا يكون عوضا عن الملك

وقوله (وان كان الزوج صغيرا) بيان ذكر العجز من جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بأن كانا صغيرين لا يطيقان الجماع فلو اعتبر جانب الصغير وجبت كما في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبيرا قال في الذخيرة لا نفقة لها

(وان كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله) لان التسليم قد تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين (واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها) لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا (فان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة) والقياس أن لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح

واذا اغتصبها ظالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج اذا لم يكن معها زوجها والامة اذا لم يبوئها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمرأة اذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة (قوله وان كان صغيرا الخ) ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بان كانا صغيرين لا يطيقان ولو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا تجب وفي الذخيرة لا نفقة لها وأكثر ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا تستحق النفقة وعن هذا قلنا اذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة ولا يخفى امكان عكس الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فتجب الى آخره والتحقيق ان النفقة لا تجب الا بالتسليم للاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور وجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرين وتجب في الكبيرة تحت الصغير (قوله وعن أبي يوسف لها النفقة) أي في صورتي حبسها وغصبها لانه لا منع من جهتها واختاره السغدي والفتوى على الاول وهو قول محمد لان النفقة عليه عوضا عن احتباسه اياها غير أنه اذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فتجب مع فواته فاذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن تقديرا قائما فافات حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره ما لو غصب العين من يد المستاجر لا يجب الاجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستاجر وان لم يكن من جهة الآجر بخلاف ما لو حبس هو ظلما أو في حق يقدر على ايفائه أو لا يقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الاسلام أو طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث يجب لها النفقة لفواته من جهته حقيقة أو معنى وان لم يكن له تعمد فيه (قوله وكذا الخ) أي لا نفقة لها اذا حجت مع محرم بخلاف ما اذا حجت مع الزوج فان لها النفقة اتفاقا (قوله لان اقامة الفرض عذر) قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت انما يجعل باقيا تقديرا اذا كان الفوات من جهته ثم اذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بان يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لان هذه الزيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه (قوله لما قلنا) أي من أن نفقة الحضر هي المستحقة وأجمعوا على أن بالصوم والصلاة لا تسقط النفقة (قوله ويمسها)

(قوله ولكن تجب لها نفقة الحضر) أي يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر لا ما كان قيمة له في السفر لان هذه الزيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها فلا يكون ذلك على الزوج (قوله وان مرضت في منزل الزوج) يريد به

لان المنع لمعنى جاء من جهتها وأكثر ما يكون في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قائم ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب وقوله (واذا حبست) ظاهر وقوله (والفتوى على الاول) يعني على ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة للمغصوبة فيما مضى وقوله (لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا) بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لا لمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا تجب النفقة وقوله (وكذا اذا حجت مع محرم) يعني بدون الزوج لا تجب النفقة (لان فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر) وكلامه واضح وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه وقوله (فان مرضت في منزل الزوج) على ما ذكره في الكتاب ظاهر وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على

(قوله وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب) أقول وفيه بحث اذ لا نسلم انه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة وانما تستحقها ان لو وجد فيها شرط استحقاق النفقة ولم يوجد   قالوا

قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه (قال ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها) والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة

أي ويمسها استمتاعا ويدخل في مسها كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستئناس والله أعلم (قوله قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه) وهو قوله وان مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولا يخفى ان اشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله وقدمنا انه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهو الاصح تعليقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبي يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبر حتى لا يستطاع جماعها وفي شرح الطحاوي اذا كبرت ولا تطيق الجماع أو بها رتق يمنع الجماع أو قرن كان لها النفقة وقال الحلواني قالوا اذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا تقييد للاول قال في الخلاصة لو كانت مريضة ومعها زوجها أو لا قبل الدخول أو بعده تجب وفي الاقضية لو كانت محرمة أو رتقاء أو قرناء تجب وفي الجامع الكبير سواء أصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت الى بيت الزوج أو قبله فيما اذا لم تكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف لا نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطؤها قبل أن ينقلها وان انتقلت من غير رضاه ردها الى أهلها أما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لا ردها الى أهلها انتهى كله من الخلاصة وبه يظهر لك ما حكمنا به فمن اختار قول أبي يوسف ثم عن أبي يوسف في التي مرضت في منزله اذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها (قوله وتفرض على الزوج النفقة الخ) قال المصنف والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متأمل ان التكرار ليس بلازم أصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ما تقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ووجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من التناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة تفرض اذا طلبت فأفاد ما قلنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذي يلي الانفاق الا اذا ظهر عند القاضي مطله فحينئذ تفرض النفقة ويأمره أن يعطيها لتنفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا في الخلاصة وقيد اليسار أثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الاصلح والايسر ففي المحترف يوما بيوم أي عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لانه قد لا يقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا دفعة وهذا بناء على ان عليه أن يعطيها معجلا ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك المساء لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة أو من الصناع الذين لا ينقضي عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله له أن يمتنع من

اذا حولت الى بيته صحيحة ثم مرضت ينفق عليها (قوله وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه) حيث قال وان مرضت في منزل الزوج وهذا انما يكون بعدما حولت الى بيته وان مرضت ثم حولت الى بيته فلا نفقة لها عليه وفي الذخيرة وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة وكذلك لو مرضت في منزلها الا انها غير مانعة نفسها من الزوج بغير حق فتستحق النفقة (قوله ونفقة خادمها) ذكر في الذخيرة هذا اذا كان للمرأة خادم أما اذا لم يكن للمرأة

ما بينا وقوله (وفي لفظ الكتاب) يعني القدوري (ما يشير اليه) وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج فانه يشير الى أنها سلمت نفسها الى منزل الزوج فمرضت فيه وقوله (ويفرض على الزوج النفقة) لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كانت حرة أو لم تكن مملوكة لها لا تستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا يستوجبه كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها تستحق

خادمها و وجهان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذلابد لها منه (ولا يفرض لأكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد

عطاء الزائد وفي الاقضية يفرض الادام أيضا أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن وقيل في الفقيرة لا يفرض الادام الا اذا كان خبز شعير والحق الرجوع في ذلك الى عرفهم و يعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح وغيره وثمن ماء الوضوء عليها فان كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله بنفسها وان كانت فقيرة فاما أن ينقله الزوج لها أو يدعها تنقل بنفسها وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لانه مؤنة الجماع وفي كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليها أو أقل فعليه وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استئجار فلقائل أن يقول عليه لانه مؤنة الجماع ولقائل أن يقول عليها كأجرة الطبيب وفي المحيط اذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها منه نفقتها كان له ذلك بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وان لم يتقاصا وتفرض الكسوة كل ستة أشهر الا اذا تزوجها وبنى بها قبل أن يبعث اليها الكسوة فان لها أن تطالبه بها قبل مضي ستة أشهر والكسوة كالنفقة في أنه لا يشترط مضي المدة وللزوج أن يرفع الى القاضي ليأمرها بلبس الثوب لان الزينة حقه واذا فرض لها كسوة ستة أشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا تبين ان ذلك لم يكفها فتجدد لتبين خطئه في التقدير وان تخرقت لخرق استعمالها لا يفرض لها أخرى ولو سرقت الكسوة أو هلكت النفقة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف المحارم كذا في الاقضية ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا يجدد لها الكسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة أو بقي منها شيء في الشهر الآخر أيضا يفرض وفي المحارم لا يفرض وفي أدب القاضي للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرته ويسرته ذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكره محمد أصلا قال السرخسي لم يوجب محمد الازار لانه للخروج وليس لها ذلك ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى وقيل لاختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل في الصيف والشتاء للبسه في البيت فالقاضي ينظر الى عرف كل قوم فيفرض بالعرف فعلى المعسر قال محمد درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري أرخص ما يكون مما يدفئها في الشتاء وعلى الموسر درع يهودي أو هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء اذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار ابريسم فذكر في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا أن القميص يكون مجيبا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر و يجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الازار والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف أما في ديارنا يفرض المكعب و يفرض ما تنام عليه و ينبغي أن يكون لها فراش على حدة ولا يكتفي بفراش واحد لهما لانها قد تنفرد في الحيض والمرض وفي الاثر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا أرسل ثوبا فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له فان أقاما البينة على اقرار كل منهما بدعوى الآخر أو على نفس مدعاه فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة أو قال من المهر وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة (قوله و وجهان كفايتها الخ) ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أعم منه قال

خادم لا تفرض نفقة الخادم على الزوج في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة وهو نظير القاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال كذا هذا وعن زفر رحمه الله انه تفرض لخادم واحد ثم هي تقوم بذلك بنفسها أو تتخذ خادما وفي الذخيرة ثم اختلف مشايخنا رحمهم الله في الخادم أي خادم المرأة يستحق النفقة على الزوج منهم من قال المملوك لها حتى لو كان حرا ولم يكن مملوكا لها لا تستحق النفقة ومنهم من

وقال

وقوله (ولا يفرض لأكثر من خادم واحد) ظاهر

وقال أبو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى أحدهما لمصالح الداخل والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب لنفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما و يقال لها استديني عليه) وقال الشافعي يفرق

بعضهم المملوك فلو لم يكن لا تستحق وقال بعضهم كل من يخدمها حرة كانت أو أمة لها أو لغيرها وفي الفتاوى الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الاشراف و يوافقه ما قيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال في أدب القاضي فرض ما تحتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقالت لا أخبز ولا أعجن ولا أعالج شيأ من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج أن يأتي بمن يكفيها عمل ذلك وقال الفقيه هذا اذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن اذا لم تطبخ لا يعطيها الادام وهو الصحيح وقالوا ان هذه الاعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضي على ما سنذكره أيضا ان شاء الله تعالى (قوله وقال أبو يوسف تفرض لخادمين) وهكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب (قوله ولانه لو تولى) أي الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الاقضية لو قال الزوج أنا أخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل وعن أبي يوسف في رواية أخرى اذا كانت فائقة في الغنى زفت اليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي (قوله خلافا لما يقوله محمد رحمه الله) وهو انه اذا كان لها خادم يفرض لها الا انها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا ووجه الظاهر انها بحيث تكتفي بخدمة نفسها وانما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه الا حالة اليسار لان المعسر انما يلزمه أدنى الكفاية فقط وهذا يخالف ما ذكره المصنف من لزوم اعتبار حالهما وانه عند اعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا تجب لها نفقته لان استحقاقها الدفع حاجتها وحاجتها الى نفقة الخادم انما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال والغازي اذا شهد الوقعة بلا فرس وأغنى غناء الفارس لا يسهم له سهم لفرس والله أعلم ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا وفي التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها أنفق عليهم من مهري فانفق فقالت لا أجعلها من المهر لانك استخدمتهم فما أنفق بالمعروف محسوب عليها لانه بأمرها (قوله ومن أعسر بنفقة امرأته الخ) بقولنا قال الزهري وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن ابي ليلى وابن شبرمة وحماد بن أبي سليمان والظاهرية ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه وقال الخصاف الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج و بقول الشافعي قال مالك وأحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعي وأحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن

قال كل من يخدمها حرا كان أو مملوكا لها أو لغيرها تستحق وفي فتاوى سمرقند ان المرأة اذا كانت من بنات الاشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين وعن أبي يوسف رحمه الله انها اذا كانت فائقة بنت فائق زفت الى زوجها مع خدم كثير استحقت نفقة الخدم كلها فان قال لامرأته لا أنفق على أحد من خدمك ولكن أعطي خادما من خدمي لخدمك فابت يجبر على نفقة خادم من خدمها فربما لا يتهيأ لها استخدام خدمه (قوله و يقال لها استديني عليه) ذكر الخصاف رحمة الله تعالى عليه ان تفسير الاستدانة على الزوج

وقوله (وقالوا) يعني المشايخ (ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم) واليسار ههنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة وقوله (وهو أدنى الكفاية) يعني تنقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الادام دون الخبز وأعلى الادام اللحم وأوسطه الزيت وأدناه الملح أو اللبن وقوله خلافا لما قاله محمد) يعني ما قاله محمد ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا وقوله لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية دليل الاصح (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما و يقال لها استديني عليه) أي اشتري الطعام نسيئة على ان تقضي الثمن من مال الزوج (وقال الشافعي يفرق

لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضى منابه فى التفريق كما فى الجب والعنة بل أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتاخر والاول أقوى فى الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضى فتستوفى فى الزمان الثانى وفوت المال وهو تابع فى النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

الانفاق عليها مع اليسر لم يفرق و يبيع الحاكم عليه ماله و يصرفه فى نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ماذكر فى النهاية حيث قال ثم اعلم ان ظهور العجز عن النفقة انما يكون اذا كان الزوج حاضرا أما اذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فرفعت الامر الى القاضى فكتب القاضى الى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الامام أبو الحسن السغدى نعم اذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة فى هذا الجواب نظر والصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر فامضاه جاز قضاؤه والصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس فى مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت ذكره فى الفصل الثانى من فصول الامام الاستروشنى فتكون الشهود علمت مجازفتهم فلا يقضى بها كما ذكر ظهير الدين واعلم أن الفسخ اذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق اثبات عجزه بمعنى فقره ليجىء ما قال وهو أن تتعذر النفقة عليها قال القاضى أبو الطيب من الشافعية اذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ قال فى الحلية وهو وجه جيد فلا يلزم مجىء ما قال ظهير الدين (قوله لانه عجز الخ) استدلوا بالمنقول والمعقول أما المنقول فما فى سنن النسائى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم وساق الحديث الى أن قال وابدأ بمن تعول فقيل من أعول يارسول الله قال امرأتك تقول اطعمنى والا فارقنى خادمك يقول اطعمنى واستعملنى ولدك يقول اطعمنى الى من تتركنى هكذا فى جميع نسخ النسائى وهو عنده من حديث سعيد بن أيوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبى صالح عن أبى هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطنى حدثنا أبو بكر الشافعى حدثنا محمد بن بشر بن مطر حدثنا شيبان بن فروخ حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمنى أو طلقنى الحديث وقال الدارقطنى حدثنا حماد بن أحمد السماك وعبد الباقى بن قانع أو اسمعيل ابن على قالوا أخبرنا أحمد بن على الخزاز حدثنا اسحق بن ابراهيم البارودى حدثنا اسحق بن منصور حدثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبى صالح عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم مثله وقال سعيد بن منصور فى سننه حدثنا سفيان عن أبى الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنته صلى الله عليه وسلم وغايته أن يكون من مراسيل سعيد والشافعى يقول بها وأنتم تقولون بالمرسل مطلقا وأما المعقول فالقياس على الجب والعنة بل أولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت وأيضا منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت فى المشترك جواز الفسخ لعدمه ففى المختص بها أولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا أعسر بنفقته (قوله ولنا) المنقول والمعنى أما المنقول فقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة أن تكون دينا فى الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مامورة بالانظار بالنص وأما المعنى فهو ان فى الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفى الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تاخير حقها دينا عليه واذا دار الامر بينهما كان التاخير أولى و به فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج ولا نفقة المملوك تصير دينا على

وهو الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج (قوله وفائدة الامر بالاستدانة) انه اذا استدانت على الزوج بامر القاضى فلرب الدين أن يرجع بذلك على الزوج كما له أن ياخذ من المستدينة

حالة

لانه عجز عن الامساك بالمعروف) فيلزمه التسريح باحسان فان أبى ناب القاضى منابه كما فى الجب والعنة بل أولى لان الحاجة الى النفقة أقوى من الجماع لان انقطاع الاول مدة مهلك دون الثانى وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق (ولنا ان حقه) بالتفريق (يبطل) اذ لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها يتاخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضى فيستوفى فى الزمان الثانى (والاول أقوى فى الضرر) فيتحمل أدنى الضررين لدفع الاعلى وقوله (وفوت المال وهو تابع) جواب عن القياس على الجب والعنة وتقريره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع فى باب النكاح والعجز عن الوصول الى المرأة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع فان قيل لا فائدة فى الاذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضى النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه أجاب بان فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها

قال المصنف (وفائدة الامر بالاستدانة الخ) أقول وسيجىء له فائدة أخرى بعد سطور

احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج (واذا قضى القاضى لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر) لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار

المالك و يخص المملوك أن فى الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين فى الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على أنها لو كانت أم ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضى عليه وأما المروى عن سعيد بن المسيب فى قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوى كان زيد بن ثابت يقول المرأة فى الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث فالها على النصف من الرجل قال ربيعة بن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاثا قال ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربعا من أصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل ارشها قال انه السنة قال الطحاوى لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمى قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن أبى هريرة موقوفا عليه هذا بعد تسليم صحته والا فقد روى عن سعيد كقولنا فاضطرب المروى عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر وأما المروى عن أبى هريرة مرفوعا عند النسائى والدارقطنى فلا شك فى أن رفعه غلط وانما هو من قول أبى هريرة روى البخارى فى صحيحه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الصدقة ما ترك غنى وفى لفظ ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول تقول المرأة اما أن تطعمنى واما أن تطلقنى و يقول العبد أطعمنى واستعملنى و يقول الولد أطعمنى الى من تدعنى قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبى هريرة فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس فى قول أبى هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على أحد الامرين عينا وهو الاتفاق فعلى هذا لو سلم انه من كلام النبى صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطنى كان معناه الارشاد الى ما ينبغى مما يدفع به ضرر الدنيا مثل و أشهدوا اذا تبايعتم يعنى ينبغى أن يبدأ بنفقة العيال والا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا وأما ما تقدم من رواية الدارقطنى عن أبى هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبى هريرة الذى سبق ذكره من رواية النسائى ورواية تمذكره ابن القطان فى الوهم والايهام (قوله احالة الغريم على الزوج) أى وان لم يرض الزوج وفى التحفة فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهى ترجع على الزوج وهذا لان الاستدانة ايجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة أخرى وهى أنها لا تسقط بموت أحدهما فى الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وفى شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر او أخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الاخ بالانفاق عليها و يرجع به على الزوج اذا أيسر و يحبس الابن أو الاخ ان امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكنز تبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب (قوله تمم لها نفقة اليسار) هكذا مشى عليه أيضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة فى وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بانه نوع تناقض فان ما ذكره أول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخى ولو كان فرض على قدر حاله وحالها مقدار ثم غلا السعر

احالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج) واعلم أن العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج وأما اذا كان غائبا غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعى ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى فى فصلين مجتهد فيهما فى التفريق بالعجز عن النفقة وفى القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض فامضاه فالصحيح أنه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس فى فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت واذا قضى القاضى لها بنفقة الاعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار

وقوله (وما قضى به) جواب عما يقال ينبغي أن لا يتم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقريره ماقضى به تقدير النفقة لم تجب لان النفقة تجب شيأ فشيأ وتقدير ماليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر لان مالا يكون لازما فلدوامه حكم الابتداء على ماعرف وذلك لا يجوز فلابد من التغيير وكذلك حكم عكس هذه المسئلة وقوله (واذا مضت مدة) ظاهر وقوله (على مامر من قبل) يريد قوله لان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل ماتقدم يدل على أنها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي أن تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك لا توجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب أجيب بانها صلة من وجه وماهذا شانه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح فيها بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض (وان مات الزوج بعدما قضى عليه بالنفقة) وما كان أمرها بالاستدانة عليه (ومضت شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات

ماقضى به تقدير النفقة لم تجب فاذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها (واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شئ لها الا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضي لها بنفقة مامضى) لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على مامر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض (وان مات الزوج بعدما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة) وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة

كان لها أن تطالبه بان يزيد في الفرض ولو كان على قلبه كان للزوج أن ينقص (قوله وماقضى به تقدير النفقة لم تجب) لان النفقة تجب شيأ فشيأ في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله (قوله لم ينفق عليها) بان غاب عنها أو كان حاضرا وامتنع والحاصل أن نفقتها لا تثبت دينا في ذمته الا بقضاء القاضي بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار في ذمته دينا اذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد وفي رواية أخرى وهو قول مالك والشافعي تصير دينا عليه الا ان كانت أكثر معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الاصح (قوله لانها صلة) أي من وجه (قوله وليست بعوض) أي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح أمر المعيشة والاستئناس هي عوض ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وأمور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقيم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار أنها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها أو اصطلحا لان ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضي عليه ولاعتبار أنها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة مادون الشهر لا تسقط فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمضي يسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ أصلا وهذا حق وقد تقدم الوجه وقوله في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ماحملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل أن يقول ينبغي أن تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا فلا يخفى مافيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة مع حبسها (قوله وان مات الزوج بعدما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت) هذا تقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما وأطلقه فشمل ما اذا كان القاضي أمرها بالاستدانة أو لم يأمرها فوافق قول الخصاف والصحيح ماذكر الحاكم الشهيد انه اذا كان أمرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بامر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها اليه وهو القاضي فكان كاستدانته أي الزوج بنفسه فلا تسقط بموت أحدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط (قوله لان النفقة صلة

(قوله لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي) حيث يثبت الحق عليه باقراره على نفسه بدون الحجة ولا تثبت ولاية القاضي بدون الحجة (قوله وان مات الزوج بعدما قضى عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت) هذا اذا فرض لها القاضي النفقة ولم يامرها بالاستدانة فاما اذا أمرها بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات أحدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد في المختصر وذكر الخصاف رحمة الله تعالى عليه انه يبطل

والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض) وانما قيدنا بقوله وما كان أمرها بالاستدانة لانه اذا أمرها بذلك لم تسقط بموت أحدهما لان القاضي لما أمرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط ماليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد أجيب بان معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة أن يجب المال بمقابلة ماليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت قال في الايضاح انها وان صارت دينا عليه لكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض وقوله (وقال الشافعي) ظاهر وقوله (وجوابه قد بيناه) اشارة الى ماتقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع قال (وان أسلفها نفقة السنة) يعني اذا عجل لها نفقة السنة ثم مات أو ماتت قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشئ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحتسب لها بنفقة مامضى ومابقي للزوج ان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي ووجه كل من الجانبين ماذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (لانه يسير فصار في حكم الحال) يعني اذا أخذت النفقة الواجبة في الحال لا تسترد بالموت فكذا لا تسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر وقوله (واذا تزوج العبد حرة) ظاهر قال شمس الائمة السرخسي فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى بيع ثانيا وليس في شئ من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون فلو مات العبد سقطت النفقة ولا يؤاخذ المولى بشئ لفوات محل الاستيفاء وكذا اذا قتل

والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه (وان أسلفها نفقة السنة) أي عجلها (ثم مات لم يسترجع منها شئ وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة مامضى ومابقي فهو للزوج) وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شئ منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر أو مادونه لا يسترجع منها شئ لانه يسير فصار في حكم الحال (واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها) ومعناه

والصلة تبطل بالموت) فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه مؤكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي أن يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تاكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا أثر الموت في سقوطه بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان أقوى في ابطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحياة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها *(فرع)* ابراء الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض مهما يتجدد الشهر فما لم يتجدد لم يتجدد الفرض ومالم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو أبرأته بعدما مضى أشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر (قوله ومابقي للزوج) فترده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة اذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا تسترد بالاتفاق لان العدة قائمة في مؤنته كذا في الاقضية (قوله ولا رجوع في الصلات بعد الموت) بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر أن يؤخذ منه ويعطى لمن يلي بعده من القضاة (قوله وعن محمد) وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر ومادونه فلهذا وضعها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد ولذا لو قبضت نفقة أشهر فمات أحدهما والباقي شهر فاقل لا يرجع بشئ وفي الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وهل يقاس على الموت قال الحلواني فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي لا تسقط (قوله فنفقتها دين عليه) أي اذا قضى القاضي بها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضي ظهر السبب في حقه أيضا فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جرا ولا يباع مرة بعد أخرى الا في دين

أيضا والصحيح ماذكر في المختصر لان استدانتها بامر القاضي وللقاضي ولاية عليه بمنزلة استدانة الزوج بنفسه ولو ان الزوج استدان بنفسه لا يسقط ذلك الدين بموت أحدهما كذا هنا (قوله والصلات تسقط بالموت) لا يقال لو كانت النفقة صلة لما وجبت على المكاتب لانا نقول انها صلة من وجه وماهذا شانه يجب على المكاتب كالخراج (قوله واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها) فان بيع ثم اجتمع

وقوله (في الصحيح) احترازعن قول الكرخي انها تكون في قيمته قال الشيخ أبو الحسن القدوري الصحيح أن تسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لافي دين يسقط به ولم يذكر المدبر والمكاتب اذا

تزوجا باذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب (وان تزوج الحرأمة فبوأها) ظاهر وقوله (فلانفقة لها لعدم الاحتباس) قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل صداقها فينبغي أن لاتسقط وأجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء مالزمه وأما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج وقوله والتبوئة غير لازمة جواب سؤال تقديره لما بوأها مرة يجب عليه أن يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرير الجواب التبوئة غير لازمة (على مامر في النكاح) أي في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بوأها ثم بدا له أن يستخدمها كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح وقوله (ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها) ظاهر (وام الولد في هذا) اي في عدم وجوب النفقة (والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى فهي كالحرة فلا تحتاج الى التبوئة لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها (لصير ورتها اخص بنفسها وبمنافعها بعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى

اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لافي عين الرقبة فلومات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة (وان تزوج الحرأمة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة) لانه تحقق الاحتباس (وان لم يبوئها فلانفقة لها) لعدم الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على مامر في النكاح ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها لاتسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا كالامة والله تعالى أعلم بالصواب

النفقة لانها تتجدد شيأ فشيأ على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري واما اذا لم يعلم المشتري بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه (قوله باذن المولى) لانه لو كان بغير اذنه فلانفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ولو دخل بها طولب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشئ لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا أو مكاتبا أو ولد أم ولد لايباع بالنفقة لعدم جواز البيع الا أن المكاتب اذا عجز يباع حينئذ لانه حينئذ قبل النقل هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لان أمه ان كانت أمة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تجب نفقة حر على مملوك ولا على مولاه لان ولده أجنبي منه وكذا المكاتب لايجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما المولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه (قوله في الصحيح) احتراز عما عن الكرخي انها تنتقل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ أبو الحسن القدوري هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقام مقام الرقبة في دين لايسقط بالموت (قوله وان تزوج الحرأمة) قيد الحر اتفاقي لافرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوئة وانما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بطريق الاولى فانه اذا لم تجب على الحر الذي هو أدخل في أهلية وجوب المال عليه يلزم ان لاتجب على من ذكر (قوله لعدم الاحتباس) أي من الزوج والمنع من السيد وان كان لحقه لايثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها لنفسها لحقها كالمهر فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك (قوله والتبوئة غير لازمة على مامر في النكاح) في باب نكاح الرقيق ولاشك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه فاذا بوأها فقد ترك حقه مادام لم يستردها واستردادها بعد ذلك ليس رجوعا فيما أسقط بل طلب حقه فيما يستقبل أو الحال وله ذلك ولذا كان له أن يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا فكلما استردها سقطت فاذا رجع فبوأها وجبت ولو خدمت المولى أحيانا من غير استخدام واسترداد لاتسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوئة بذلك لعدم الاسترداد (قوله والمدبرة وأم الولد في هذا) أي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوئة (كالامة) ولم يذكر معهما المكاتبة لانها في استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة

عليه النفقة مرة أخرى يباع العبد ثانيا قال شمس الائمة السرخسي رحمة الله تعالى عليه وليس في شئ من ديون العبد مايباع فيه مرة بعد أخرى الا النفقة (قوله وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة) وقيل اذا قتل كانت النفقة في قيمته قال الشيخ أبو الحسن القدوري رحمه الله وهذا ليس بصحيح لان القيمة انما تقوم مقام الرقبة

(فصل)

استخدامها فكانت كالحرة

(فصل) (وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله الا ان تختار ذلك) لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا أن تختار لانها رضيت بانتقاص حقها (وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها) لما بينا ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل (وله ان يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها) لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه (ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في أي وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار والدوام لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة

(فصل) (قوله ليس فيها أحد من أهله) واما أمته فقيل أيضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه يحتاج الى استخدامها في كل وقت فاذا أفردها في بيت لايتمكن من ذلك غير انه لا يطؤها بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة (قوله مقرونا بالنفقة) في قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وكذلك قرأ ابن عباس والسكنى بالملك أو الاجارة أو العارية واجبة اجماعا (قوله ليس له أن يسكنه معها) قيل الا أن يكون صغيرا لايفهم الجماع فله اسكانه معها (قوله ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها) اقتصر على الغلق فافاد انه وان كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد من كون المراد كون الخلاء مشتركا بينهم وبين غير الاجانب والذي في شرح المختار ولو كانت في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو مع أحد من أهله ان أخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها أن تطلب بيتا ولو شكت انه يضر بها أو يؤذيها ان علم القاضي ذلك زجره وان لم يعلم سال من جيرانه فان لم يوثق بهم أو كانوا يميلون اليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضي على خبرهم (قوله لما فيه) أي المنع من المكالمة (من قطيعة الرحم) في الصحيح لايدخل الجنة قاطع وفيه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرحم شجنة من الرحمن قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته والشجنة بكسر الشين وضمها قال أبو عبيد قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة الوصلة (قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها في كل جمعة) ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولهما فانه قال في الفتاوى للزوج أن يضرب المرأة على أربع خصال وما هو في معنى الاربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة وفي رواية والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة

في دين لم يسقط بالموت لافي دين يسقط به والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) (قوله وقد أوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة) وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قال الامام أبو منصور الماتريدي رحمه الله تأويل هذه الآية اسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم يدل على صحة هذا التأويل قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وأنفقوا عليهن من وجدكم (قوله لما بينا) أي لانها تتضرر به فان أسكنها في منزل ليس فيها أحد فشكت الى القاضي ان الزوج يضر بها ويؤذيها وسالت من القاضي أن يامره بان يسكنها بين قوم صالحين فان علم القاضي أن الامر كما قالت المرأة زجره عن ذلك ومنعه من التعدي عليها وان ذكر وانه لا يؤذيها تركها وان لم يكن في جواره من يوثق به أو كانوا يميلون اليه أمره أن يسكنها بين قوم صالحين ويسال عنهم ويبني الامر على خبرهم كذا في نكاح الذخيرة (قوله وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح) احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول

(فصل) لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال (وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة) حيث قال أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم (واذا وجب السكنى حقا لها فليس له أن يشرك غيرها فيها لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع) وكلامه واضح

(فصل) وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة قال المصنف (وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين الخ) أقول وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام قال ابن الهمام وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضيخان قال في فصل الحمام من فتواه دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا الى آخر ما قاله

وهو الصحيح (واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل

الابوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا أراد أبوها أو قريبها أن يجيء اليها على هذا الجمعة والسنة انتهى وقوله هو الصحيح احترازعما ذهب اليه ابن مقاتل من أنه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر وعن أبي يوسف في النوادر تقييد خروجها بان لا يقدرا على اتيانها فان كانا يقدران على اتيانها لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج اليهما وقد أشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول أبي يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي ان ياذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف أما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيئات بخلاف خروج الابوين فانه أيسر ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو محتاج الى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تعصيه مسلما كان الاب أو كافرا وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالاذن و بغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا ياذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام فان أرادت ان تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سال الزوج من العالم وأخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها أن تخرج من غير رضاه وان لم يكن لها نازلة ولكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلاة ان كان الزوج يحفظ المسائل و يذكر معها له أن يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى أن ياذن لها أحيانا وان لم ياذن فلا شيء عليه ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة وفي الفتاوى في باب القراءة المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج في حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان أعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذن الزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان أو فحلا وكذا أبوها المجوسي والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر أو اثنتا عشرة سنة ولا تكون المرأة محرما لامرأة وحيث أبحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما لا يكون داعية الى نظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه فيه قاضيخان قال في فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها في النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام وعن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء أمتي رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد وزاد استثناء النفساء والمريضة رواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الا مريضة أو نفساء وفي سندهما عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الافريقي وهو مختلف فيه قال أحمد ليس بشيء قال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذري وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء وكان يقوي أمره و يقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس بالقوي ووثقه يحيى بن سعيد وروى عباس عن يحيى بن معين ليس به باس وقال أبو داود قلت لاحمد بن صالح أيحتج به يعني عبد الرحمن

لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر

وقوله (وهو الصحيح) احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر (واذا غاب الرجل وله في يد رجل

يعترف

يعترف به و بالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار و والديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به) لانه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر أن حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فانه لو أنكر أحد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب

ابن زياد فقال نعم (قوله يعترف به وبالزوجية) في حق الزوجة كان ينبغي أن يزيد قوله و بالنسب في الولد والوالدين لانه رتب على ما ذكر من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه (قوله وكذا اذا علم القاضي ذلك) أي كلا الامرين اما لو علم احدهما احتاج في القضاء بالدفع اليهم الى اقرار من عنده أو عليه في الصحيح دون البينة (قوله واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هنا) فانه أولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها بما في يده أو عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق الى اثبات حق الاخذ لها بما في يده أو عليه اذا كان دينا الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولا سيما مركب من لا النافية للجنس ومنفيها وهو سي ومعناه المثل قال الشاعر

فاياكم وحية بطن واد * هموس الناب ليس لكم بسي

أي بمثل ولا شبيه وهو واحد سيان من قولك هما سيان وأصله سوى قلبت الواو ياء اما لسكونها بعد كسرة أو لاجتماعها مع الياء وسبق احداهما بالسكون فان جررت ما بعدما كزيد مثلا في قولك أكرمني القوم لا سيما زيد فهو على أن سيا مضاف الى زيد وما زائد مقحم كقوله

كل ماحي وان أمروا * واردوا الحوض الذي وردوا

وان رفعته فعلى أن سيا يضاف الى ما وهو موصول اسمي حذف صدر صلته والتقدير لا مثل الذي هو زيد و جاز كونه مضافا مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الاصل في الجر بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع لان زيادة ما أوسع من حذف المبتدا مع ما ينضم اليه من كونه في خصوص ذلك الموقع وقد يقال زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع فتكافآ وأما نصب ما بعدها فقال ابن الدهان صاحب الغرة لا أعرف له وجها وعن هذا لم يذكر ابن معط في فصوله في الاستثناء بلا سيما سوى الجر والرفع وذكر بيت امرئ القيس

ألا رب يوم لك منهن صالح * ولا سيما يوم بدارة جلجل

بالوجهين ولم يذكر فيه النصب لكن قد روى النصب فيه أيضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول وقيل مجموع لا سيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذي يقتضيه الا فيها هو الاخراج من ذلك الحكم باثبات ما هو ابلغ منه فاذا قلت أكرمني القوم لا سيما زيد فقد أثبت له ابلغ من اكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف احدى الياءين فقيل الاولى لانها ساكنة وهو أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى وقيل الثانية لانها

(قوله لان لها أن تاخذ من مال الزوج حقها) فكان قضاء القاضي فتوى منه واعانة على أخذ الحق لا قضاء اذ القضاء الزام أمر لم يكن لازما قبل القضاء ونفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء فكان القضاء ابقاء لما وجب فجاز فان قيل يشكل على هذا ما لو أحضر صاحب الدين غريما أو مودعا للغائب وهما معترفان بان هذا المدعي له دين على الغائب لا يامر القاضي بقضاء دينه من الوديعة ومن الدين وان كانا معترفين بالدين و بمال الغائب قلنا لان القاضي يامر في حق الغائب بما هو نظر له وفي الامر بانفاق المرأة نظر له بابقاء ملكه وليس في قضاء الدين ابقاء ملكه بل فيه قضاء عليه بقول الغير (قوله لا سيما هنا) فان صاحب اليد لو أنكر الزوجية أو كونه مال الغائب لا يمكن للمرأة اقامة البينة لا على الزوجية ولا على كونها مال الغائب فتعين هذا الاقرار طريقا لوصول الحق الى المستحق فكان أولى بالقبول من اقرار كان لصاحب الحق امكان اثبات حقه بدون اقراره بالبينة (قوله فان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية) كان

مال يعترف به وبالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته و ولده الصغار و والديه) وان لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر بان لها حق الاخذ لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امرأة أبي سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في نفسه لا سيما ههنا فان اقراره ههنا أشد قبولا من اقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعين طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة (فانه لو أنكر أحد الامرين من الزوجية أو الوديعة لا تقبل بينة المرأة فيه) أي في أحد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة فالمرأة ليست بخصم في اثبات حقوق الغائب

(قوله لتعين طريق اثبات الحق) أقول أي عند القاضي (قوله لعدم اثباته الخ) أقول أي لعدم امكان اثباته

واذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكونه ما أقر به ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسئلة و بين ما اذا أحضر صاحب الدين غريما للغائب أو مودعا له وهما معترفان بثبوت دين المدعى على الغائب فان القاضى لا يامر بقضاء دينه من الوديعة والدين وأجيب بان أمر القاضى فى حق الغائب انما هو للنظر له وفى الامر بالانفاق على المرأة ذلك ابقاء لملكه وليس فى قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضى ان يامر المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذى لا يحتمله أولى وكذا اذا كان المال فى يده مضاربة لانه أمانة من وجه وكذا اذا كان دينا وقوله (وهذا) أى ماذكرنا من جواز فرض القاضى النفقة اذا

(٢١٠)

كان المال من جنس حقها فى النفقة دراهم أودنانير أو طعاما أو كان ثيابا من جنس حقها فى الكسوة أما اذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق اما عند أبى حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغائب بل بالطريق الاولى وأما عندهما ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه الشروط فى جواز البيع فلا يقضى على الغائب لعدم ذلك قال (ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب) من عنده المال اذا اعترف به وبالزوجية ينظر القاضى فيحلفها انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفاء نفقتها فان اتفق ذلك كان الزوج مخيرا فى اخذ ايهما شاء من المرأة والكفيل وكلامه واضح (ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء)

واذا ثبت فى حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان المال فى يده مضاربة وكذا الجواب فى الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم أودنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقها أما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب وأما عندهما فلانه ان كان يقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضى على الغائب لانه لا يعرف امتناعه قال (ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا و بين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبى حنيفة لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظرا للغائب قال (ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء) ووجه الفرق هو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضى ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضى اعانة لهم أما غيرهم من المحارم

لام والاعلال فى الالام أولى (قوله واذا ثبت فى حقه) باقراره ان حق الاخذ لها مما فى يده (تعدى الى الغائب ضرورة) أورد عليه طلب الفرق بين هذا و بين ما لو جاء صاحب الدين بمودع أو بمديون للغائب معترف بالدين والوديعة فانه لا يقضى عليه بالدفع الى صاحب الدين وأجيب بان القضاء يتبع النظر للغائب ففى الامر بالانفاق نظر له بابقاء ملكه الثابت بالنكاح وابقاء ما هو فى معنى نفسه أعنى قرابة الولاد وليس فى قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير (قوله فانه لا يباع على الحاضر) حتى لو امتنع عن أداء الدين وعنده أموال غير الاثمان لا يبيع عليه القاضى بل يامره أن يبيع هو و يقضى فان لم يفعل حبسه أبدا حتى يبيع لان البيع عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر اذا امتنع من البيع (قوله ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة) ثم اذا جاء الغائب فهو على حجته فى اعطاء النفقة وفى كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بغير قضاء من ماله شرعا أصله حديث هند امرأة أبى سفيان المتقدم وعن هذا قلنا لو كان للغائب مال حاضر فى بيته والقاضى يعلم الزوجية أطلق الاخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل ايفاء والايفاء لا يمتنع بسبب الزوجية ألا ترى ان من أقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضى الايفاء منه اجابه الى ذلك (قوله الا لهؤلاء) وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير و يستدرك عليه

أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعى حقا لها فى يده من المال بسبب فكان خصما فى اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا فى يد انسان انه اشتراها من فلان الغائب ثم رجع وقال لا تقبل بينتها على ذلك وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب المودع والمديون ليسا بخصم عن الغائب فى اثبات النكاح عليه بالبينة كذا فى المبسوط (قوله وكذا الجواب فى الدين) يعنى مديون الغائب لو أقر بدينه و بالزوجية فالحكم كذلك وأما عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى عليه فانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه يكون على طريق الحجر وأبو حنيفة رحمه الله تعالى عليه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ (قوله ويأخذ منها كفيلا بها) أى بالنفقة قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى عليه يحلفها انه لم يعطها النفقة فاذا

(قوله وأجيب بان أمر القاضى الى قوله بازالة ملكه) أقول وفيه اعتراف باحتياج ماذكر فى مقام التعليل الى ضميمة لم تم (قوله فنفقتهم

يعنى زوجة الغائب وولده الصغار و والديه أما غيرهم من المحارم كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضى بنفقتهم فيه ووجه الفرق ماذكره فى الكتاب وقوله (لانه مجتهد فيه) قيل لان الشافعى لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سيأتى وقوله (ولو لم يعلم القاضى بذلك) متصل بقوله وكذا اذا علم القاضى بذلك وقوله (و) لو (لم يكن) يعنى الرجل (مقرا به) متصل بقوله يعترف به و بالزوجية وقوله (فاقامت البينة على الزوجية) يعنى فى الصورتين اذا كان ثمة وديعة ولكن ينكر الزوجية أو أقامتها ليفرض القاضى نفقة فيما اذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضى بالزوجية وكلامه ظاهر وقوله (فى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها) من تلك الاقاويل ماذكره من

(٢١١)

قولهم اذا جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما والمال فى يده فقد كان أبو حنيفة يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل بينتها ومنها ما اذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضى ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجبها الى شئ من ذلك لان هذا قضاء على الغائب وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قولهما وأما قول أبى حنيفة الاول وهو قول زفر يجيبها الى ذلك وهو المذكور فى الكتاب وان كان للغائب دين أو وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضى يامر أولا بالانفاق من الوديعة لان القاضى نصب ناظرا ونظر الغائب فى البداءة بالوديعة لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين

فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضى بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية أو لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضى نفقتها على الغائب و يامرها بالاستدانة لا يقضى القاضى بذلك لان فى ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضى فيه لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان أقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل أو المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها

الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب (قوله فنفقتهم انما تجب بالقضاء) لاشك ان الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه ان ينفق عليهم اذا كانوا فقراء ديانة وانما المراد انه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى ان لا تجب النفقة فلا يتعين عليه قول الوجوب الا القضاء به فينتفى تأويله و يتقرر فى ذمته و يجبر عليه اذا امتنع وفى الكافى لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضى ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضى يامر بالانفاق من الوديعة أولا لانه أنظر للغائب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة (قوله وفى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها) منها قول أبى حنيفة أولا اذا جحد المديون أو المودع الزوجية تسمع بينتها على الزوجية لانها تدعى حقا فيما فى يده من المال بسبب فكان خصما فى اثبات ذلك السبب كمن ادعى بيتا فى يد انسان أنه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع الى أنها لا تقبل منه وهو قولهما

حلفت أعطاها النفقة وأخذ منها كفيلا وفى أدب القاضى للخصاف ان القاضى اذا استوثق منها بكفيل فحسن وان لم يأخذ كان جائزا قال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى عليه والصحيح ماذكره شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى عليه (قوله انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه) فعند الشافعى رحمه الله تعالى عليه لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين ولهذا قلنا لو ظفر واحد من الاقارب بجنس حقه لم يكن له الاخذ الا بقضاء أو رضاء فالحاصل ان ما كان مختلفا فيه لا يتقوى الا بقضاء القاضى وليس للقاضى أن يوجه القضاء على الغائب فاما ما كان متفقا عليه فهو ثابت بنفسه ولصاحب الحق أن يمد يده و يأخذه من غير قضاء القاضى فكان حكم القاضى اعانة لا قضاء (قوله وان جحد يحلف) أى ان لم تكن للمرأة بينة (قوله وان عجزت يضمن الكفيل) أى ان عجزت المرأة عن اقامة البينة وقد حلف الزوج وقد أنفق القاضى عليها من مال الزوج يضمن الكفيل أو المرأة (قوله وعمل القضاة اليوم على هذا) أى على قول زفر رحمه الله تعالى يقبلون البينة من المرأة و يفرضون النفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وقال فى المحيط وهو أرفق بهم وان انفق المودع أو المديون على والد رب الدين و ولده أو امرأته بغير أمره ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع المنفق على من أنفق (قوله وفى هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها) كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يقضى بالنفقة على الغائب ثم رجع وقال لا يقضى وعند محمد رحمه الله تعالى عليه لا يقضى قولا واحدا وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع وقال لا تقبل والله تعالى أعلم بالصواب

الابراء فى صورة الاختلاع قال المصنف (أما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء) أقول قال تاج الشريعة يعنى ان الاداء انما يجب به أما نفس الوجوب فثابت عندنا اهو الا فليس للقاضى ايجاب ما لم يكن أوجبه الشرع لانه يكون قد شرع وليس ذلك لغير رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله وفيه نظر سيأتى) أقول يعنى سيأتى بعد ورقتين ولعل وجه النظر انها ثابتة بالدليل القطعى وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك

(فصل) لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع فى بيانها بعد المفارقة (واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى فى عدتها رجعيا كان أو بائنا وقال الشافعى لانفقة للمبتوتة) وهى التى طلقها الزوج ثلاثا أو طلقها بعوض وان كانت واحدة (الا اذا كانت حاملا أما الرجعى فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء) كما تقدم (وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس الخ) رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وقوله (لانا عرفناه) أى وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن والدليل على انه فى المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى حتى يضعن حملهن والنفقة فى غير المطلقات غير مغيات بوضع الحمل وقوله (وصار كما اذا كانت حاملا) اعترض عليه بان الحائل لو كانت كالحامل فى وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل فى النص فائدة وأجيب بان الفائدة رفع الاشتباه وبيانه أن الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء وكان يشتبه بان الحامل أيضا تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة فى جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن وقوله (ولا ندع كتاب ربنا) يريد به قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملك به أما الاسكان فانه قد يملك اسكانها فى غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الانفاق من غير ملكه وكان تقديره والله أعلم ما تلاه ابن مسعود وأنفقوا عليهن من وجدكم وقوله (سنة نبينا) يريد به قوله

(فصل) (واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى فى عدتها رجعيا كان أو بائنا) وقال الشافعى لانفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا أما الرجعى فلان النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فانه يحل له الوطء وأما البائن فوجه قوله ما روى عن فاطمة بنت قيس قالت طلقنى زوجى ثلاثا فلم يفرض لى رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهى مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم فى حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضى الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا

لانه ما تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر رحمه الله من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها اذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ثم رجع الى قولهما وقول زفر فى ذلك متقرر ونقل مثل قول زفر عن أبى يوسف فقوى عمل القضاة لحاجة الناس الى ذلك *(فروع)* فى الفتاوى امرأة قالت ان زوجى يطيل الغيبة عنى فطلبت كفيلا بالنفقة قال أبو حنيفة ليس لها ذلك وقال أبو يوسف آخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه الفتوى فلو علم أنه يمكث فى السفر أكثر من شهر أخذ عند أبى يوسف الكفيل باكثر من شهر وعن أبى يوسف أيضا لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كل شهر أو ما بقى النكاح بينهما صح وقال أبو حنيفة هو على شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وان لم تكن واجبة ولو طلقها رجعيا أو بائنا والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لان العدة من أحكام النكاح
(فصل) (قوله وقال الشافعى رحمه الله لانفقة للمبتوتة) وهى المطلقة ثلاثا والمختلعة اذ لا بينونة عنده بغير ذلك (الا أن تكون حاملا) فان فى بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس رواه فى صحيح مسلم ان أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فارسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من سبيل فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وأمرها ان تعتد فى بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابى اعتدى عند ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك فاذا حللت فآذنينى قالت فلما حللت ذكرت له ان معاوية بن أبى سفيان وأبا جهم خطبانى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع

(فصل) (قوله وقال الشافعى رحمه الله لانفقة للمبتوتة) وهى المطلقة ثلاثا أو بعوض حتى بانت عندهم جميعا الا اذا كانت حاملا لقوله تعالى وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فان قيل فمن أين يعلم ان هذه الآية فى حق المطلقات قلنا علم ذلك من آخر الآية حتى يضعن حملهن والنفقة فى غير المطلقات غير مغيات بوضع الحمل فان قيل لو وجبت النفقة فى الحامل لم يبق لتخصيص الحامل فى النص فائدة حيث قال وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن قلنا للذكر الشرط والتخصيص فائدة سوى النفى وهى انه انما خص الحامل بالذكر لان الحامل انما تستحق النفقة بقدر ثلاثة اقراء فيقع الاشكال ان الحامل تستحق بذلك القدر أو الزيادة الى تمام مدة الحمل وان طالت فازال الاشكال وقال لها النفقة فى جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن (قوله وحديث فاطمة رضى الله تعالى عنها رده عمر رضى الله تعالى عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا

(فصل) واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة قال المصنف (اما الرجعى فلان النكاح بعده قائم) أقول فيه ان بقول الزوجية زائلة عند الشافعى رحمه الله لوجود القاطع على ما مر فى آخر باب الرجعة (قوله والدليل على انه فى المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى حتى يضعن حملهن والنفقة فى غير المطلقات غير مغياة الخ) أقول فيه ان مفهوم الغاية غير معتبر عند الحنفية على ما سيصرح به الشارح فالاولى أن يستدل برجوع الضمير الى المطلقات فان سياق النظم فى ذلك الا أن يكون المراد الالزام

بقول امرأة لا ندرى صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضى الله

عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحى أسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به وأخرجه مسلم أيضا وقال فيه لانفقة لك ولا سكنى ورواه أيضا وقال فيه ان أبا حفص بن المغيرة خرج مع على ابن أبى طالب رضى الله عنه فارسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقها وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على انه أوقع واحدة هى تمام الثلاث وأمر لها الحرث بن هشام وعياش بن أبى ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة الا أن تكونى حاملا فاتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد أبو داود فى هذا باسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبى ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك الا أن تكونى حاملا وفى شرح الكنز نسبه الى مسلم لكن الحق ما علمت وفى رواية لمسلم ان أبا حفص ابن المغيرة المخزومى طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد فى نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيت ميمونة الحديث والجواب ان شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق فى هذا الحديث ضد كل من هذه الامور أما طعن السلف فقد طعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سنذكر مع أنه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوى امرأة ولا كون الراوى اعرابيا فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى فى اعتداد المتوفى عنها زوجها فى بيت زوجها مع أنها لا تعرف الا فى هذا الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فانها تعرف بذلك الخبر وبخبر الدجال حفظته مع طوله ووعته وأدته ثم قد ظهر لها من الفقه ما أفاد علما وجلالة قدر وهو ما فى صحيح مسلم من أن مروان أرسل اليها قبيصة بن أبى ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امرأة سنأخذ بالعصمة التى وجدنا الناس عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بينى وبينكم القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة الى قوله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فاى أمر يحدث بعد ذلك فكيف تقولون لا نفقة لها اذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابى وحده وهو اعرابى فجزمنا ان رد عمر وغيره لخبرها ليس الا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له وقد استقر الحال عليه بعد وفاته صلى الله عليه وسلم بين السلف الى أن روت فاطمة رضى الله عنها هذا الخبر مع أن عمر رده وصرح بالرواية بخلافه فى صحيح مسلم عن أبى اسحق قال كنت مع الاسود بن يزيد جالسا فى المسجد الاعظم ومعنا الشعبى فحدث الشعبى بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فاخذ الاسود كفا من حصى فحصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندرى حفظت أم نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فقد أخبر ان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى ولا ريب فى أن قول الصحابى من السنة كذا رفع فكيف اذا كان قائله عمر رضى الله عنه وفيما رواه الطحاوى والدارقطنى زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى وقصارى ما هنا ان تعارض روايتها وروايته فاى الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن منصور حدثنا أبو معاوية حدثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضى الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير فى ديننا بشهادة امرأة فهذا شاهد على انه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والثقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه ويصرح بهذا ما فى مسلم من قول مروان سنأخذ

سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت فى العدة وقوله (ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة بن زيد) هو زوج فاطمة الراوية فان أسامة كان اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شئ فى يده وقالت عائشة تلك المرأة فتنت العالم أى بروايتها هذا الحديث وقوله

بقول امرأة لا ندرى صدقت أم كذبت) ذكر فخر الاسلام رحمة الله تعالى عليه فى أصول الفقه وقال عيسى ابن أبان أراد بالكتاب والسنة القياس وهو ان النفقة والسكنى تعلقا بالنكاح والعدة من حقوقه فكما بقى

عنهم (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها

بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذذاك هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع الصحابة ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة ألم ترى الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت فقال ألم تسمعي الى قول فاطمة فقالت أما انه لا خير لها في ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة أعلم باحوال النساء فقد كن يأتين الى منزلها ويستفتين منه صلى الله عليه وسلم وكثر وتكرر وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها انها قالت لفاطمة ألا تتقي الله تعالى تعني في قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضي اسمعيل حدثنا نصر بن علي حدثني أبي عن هرون عن محمد بن اسحق قال أحسبه عن محمد بن ابراهيم ان عائشة قالت لفاطمة بنت قيس انما أخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على أحمائها وكثر الشر بينهم فاخرجها عليه الصلاة والسلام لذلك ويفيد ثبوته عن عائشة ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة وأعظم متتبع لاقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما في أبي داود من حديث ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن أم مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند نفسه وكذا هو والله أعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه أبو داود في سننه عنه وممن رده زوجها أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن أبي هرمز عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال كان محمد بن أسامة بن زيد يقول كان أسامة اذا ذكرت فاطمة شيأ من ذلك يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى هذا مع انه هو الذي تزوجها بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان أعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزله حتى بنى بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بان ذلك غلط منها أو لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن أو خيفة المكان وقد جاء ذلك أيضا ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث أسامة فاستغربه والله الميسر وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب قال أخبرنا أبو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فانكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل أن تحل وفي معجم الطبراني بسنده عن ابراهيم أن ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة وأخرج الدارقطني عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلاثا لها النفقة والسكنى قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع أو كان عن الليث عن أبي الزبير وحرب بن أبي العالية أيضا لا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه وقفه على جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يرد قول من ذكر ان جابرا على قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن وأما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها انه طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته وفي بعضها ان خالد بن الوليد ذهب في نفر فسألوه صلى الله عليه وسلم وفي بعض الروايات سمى الزوج أبا عمرو بن حفص وفي بعضها أبا حفص بن المغيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبي والحسن بن حي والاسود بن يزيد وممن بعدهم الثوري وأحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم فان قيل هذا العذر بتقدير ثبوته انما أسقط تلك السكنى والحال أنه صلى الله عليه وسلم قال لها لا نفقة لك ولا سكنى قلنا ليس علينا أولا أن

باعتبار هذا الحق استحقاق السكنى فكذا النفقة وقد روى ان زوجها أسامة بن زيد اذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شئ في يده وعن عائشة رضي الله تعالى عنها انها قالت تلك امرأة فتنت العالم أي بروايتها هذا الحديث وان ثبت فتاويله ان زوجها خرج الى اليمن ووكل أخاه بان ينفق عليها خبز الشعير فابت ذلك

الا

(ولا نفقة المتوفى عنها زوجها) ظاهر

ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيأ فشيأ ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا

نشتغل ببيان العذر عسارة بل يكفي ما ذكرنا من أنه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولم روى عمر في تركه كائنا هو في نفسه ما كان الا أن الاشتغال بذلك حسن حملا للمروي بها على الصحة ونقول فيه ان عدم السكنى كان لما سمعت وأما عدم النفقة فلان زوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند أحد سوى الشعير الذي بعث به اليها فطالبت هي أهله على ما في مسلم من طريق أنه طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها أهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال صلى الله عليه وسلم لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لانه لم يخلف مالا عند أحد وليس يجب لك على أهله شئ فلا نفقة لك على أحد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه صلى الله عليه وسلم فجعلت تروي نفي النفقة مطلقا فوقع انكار الناس عليها ثم ان في كتاب الله تعالى من غير ما انطوت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم أن المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية انما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية في غير المطلقات أو في الرجعيات كان التقدير أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم أنه لا معنى حينئذ لجعل غاية ايجاب الانفاق عليها الوضع فان النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت أولا وضعت حملها أولا بخلاف ما اذا كانت في البوائن فان فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فانه عام في المطلقات وقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذكر حكم خاص ببعض ما يتناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر (قوله ألا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها) استيضاح على أن وجوبها لحق الشرع عبادة فانها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها اذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وأنت اذا أمعنت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في مسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع اليه وأتقنه (قوله وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية) احترز به عما يجيء من قبل الزوج مطلقا وعما يجيء من قبلها بغير معصية فان لها النفقة فيهما والحاصل ان الفرقة اما من قبله أو قبلها ففي الاول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنته أو جبه بعد الخلوة ويشكل على ايجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من انه صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته أو ايلائه مع عدم فيئه حتى مضت أربعة أشهر أو ابائه الاسلام اذا أسلمت هي أو ارتد هو فعرض عليه الاسلام فلم يسلم لان بمعصيته لا تحرم هي النفقة وأما الثاني فاما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو ابائها اذا أسلم هو وهي وثنية أو مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج لها مكرهة تجب لانها حبست نفسها بحق لها أو عذرت شرعا فيه ولها السكنى في جميع الصور ولان القرار في منزل الزوج

ولم يكن الزوج حاضرا ليقضي عليه بشئ آخر (قوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية فلا نفقة لها) أما السكنى فواجبة لها باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها وأما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بمجيء الفرقة من قبلها بمعصية وان جامعها ابن الزوج مكرهة تقع الفرقة ولا تسقط

وقوله (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فتسقط بمعصية من قبلها وأما الردة فقد ذكرها شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا أخرجت للحبس من بيت العدة وأما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة

كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر (وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها) من نفسها (فلها النفقة) معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا أن المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

حق عليها فلا يسقط بمعصيتها أما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها (قوله بخلاف المهر بعد الدخول) يعني انه يجب لها وان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب له وهو تسليم نفسها فتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية (قوله وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها) لا لعين الردة هنا لان الفرقة لم تجئ بسببها فهي وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط والعياذ بالله بالردة فانما تسقط في هذه الردة اذا أخرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة كما أشار اليه المصنف في التعليل أو اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ولو حبست أو لحقت فعادت الى الاسلام ورجعت الى بيتها عاد استحقاقها للنفقة وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت الى بيتها مسلمة أو مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ما ذكر في الذخيرة لو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى ووفق بحمل المذكور في الجامع على ما اذا حكم بلحاقها وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة فانها لو أسلمت وعادت الى منزله لا تجب لها نفقة لانها المفوتة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي وفي شرح الطحاوي الاصل ان كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لا نفقة لها فلها أن تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده فلو طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فاخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان أعادها الى بيت الزوج تأخذ النفقة ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فاراد أن يبوئها مع الزوج في العدة وتأخذ نفقتها لا تجب النفقة وأورد عليه ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانها تعود نفقتها وأجيب بان النفقة كانت واجبة الا أنها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذه وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الاياس فتعتد بثلاثة أشهر وعن هذا قلنا الوصالح المعتدة على نفقة العدة بشئ معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال أن يمتد الطهر بها واذا لم تطالب بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة الا أن تكون مفروضة ولو أبرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح ولو أبرأته عنها في عقد الخلع صح لان الابراء في الخلع ابراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز وأما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشئ قبل وجوبه لا يجوز ثم القول قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت

النفقة (قوله وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها) لا لعين الردة ولكن لانها تحبس فلا تكون في بيت زوجها والمحبوسة بحق عليها لا تستوجب نفقة حال قيام النكاح كالمحبوسة بالدين فكذا لا تستوجب نفقة في العدة حتى اذا ارتدت ولم تحبس بعد بل هي في بيت زوجها فلها النفقة (قوله معناه مكنت بعد الطلاق) هذا اذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا وأما المعتدة عن طلاق رجعي اذا مكنت ابنه أو ارتدت فحبست أو لا فلا نفقة لها لان النكاح باق فكانت الفرقة حاصلة بمعصية فتسقط النفقة ولا كذلك في الطلاق البائن والله تعالى أعلم بالصواب

(وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح قال في النهاية وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلقات الثلاث وأما المعتدة بالطلاق الرجعي اذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشهوة وهي مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعي لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة لسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن

(فصل) (ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة)

حبلا وأنفق عليها الى سنتين فان قالت بعدهما كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وأنا حائل لم أحض وقال بل ادعيت الحبل كذبا وظهر كذبك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي الى قوله ويأمره بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل في سن الاياس فتعتد بثلاثة أشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلاثة أشهر وقال الفضلي لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال حبلها فينفق عليها حتى تنقضي عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة ثلاثة أشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا في المحيط اهـ من غير ذكر خلاف وهو حسن وفيها رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فحضر الزوج الاول فرق بينها وبين الزوج الثاني ولا نفقة لها على الزوج الاول حتى تنقضي عدة الثاني فان طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثاني ما دامت في عدة الثاني فاذا انقضت عدة الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا في الاقضية وفي الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر في المحيط وتأويله اذا تزوجت في بيت العدة أما اذا خرجت فلا

(فصل) (قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد) قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب اما غني أو فقير والاولاد اما صغار أو كبار فالاقسام أربعة الاول أن يكون الاب غنيا والاولاد كبارا فاما اناث أو ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى أن يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له أن يؤاجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة أو عمى أو شلل أو ذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلواني ورأيت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها أحد على الاطلاق في الصغار أما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني أن يكون الاب غنيا وهم صغار فاما أن يكون لهم مال أولا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى أن يبلغ الذكر حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب أن يؤاجره وينفق عليه من أجرته وليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب مبذرا يدفع كسب الابن الى أمين كما في سائر أملاكه وان كان لهم مال فاما حاضر أو غائب فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لا يجب على الاب شئ منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان أراد أن يرجع في مالهم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو أنفق بلا أمره ليس له الرجوع في الحكم الا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع ولو لم يكن أشهد لكن أنفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له أن يرجع الثالث أن يكون الاب فقيرا فان كانوا أغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم وان كانوا صغارا أغنياء فكذلك أيضا الرابع أن يكونوا فقراء وهم صغار أو كبار عاجزون والاب أيضا عاجز عن الكسب فالخصاف قال يتكفف الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك وكذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب ورجع على الاب اذا أيسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد أو الام أو الخال أو العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا أيسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له أم موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم يكن له أب الا أنها ترجع في الاول وما نقل ابن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وأم موسران فنفقته

(فصل) (قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب

(فصل) لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الاولاد (ونفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره) في ظاهر الرواية وقد روى عن أبي حنيفة ان النفقة على الاب والام أثلاثا بحسب ميراثهما لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظاهر

قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن قيل في وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن (٢١٨) عليه كان بسبب الولد لان الحكم ترتب على مشتق وترتبه على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس ولا يجوز أن يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولاد فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز أن يقال استدل بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذا النفقة الثابتة بهما واذا انتفى الاشتراك فاما أن يثبت على الاب أو على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول (وان كان الصغير رضيعا فليس على الام أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الاب وأجرة الرضاع كالنفقة) فكما أنه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه لان

لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب (وان كان الصغير رضيعا فليس على أمه ان ترضعه) لما بينا ان الكفاية على الاب وأجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه أما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال (ويستأجر الاب من ترضعه عندها) أما استئجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا أرادت ذلك لان الحجر لها (وان استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز)

عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها على الجد وحده لجعله كالاب وبه قال الشافعي وفي نفقات الشهيد خلع امرأته وغاب عنها فطالبت عمهم فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الام الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجعان عليه اذا كان بأمر الحاكم قال القاضي هذا اذا كانت الغيبة منقطعة (قوله لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وجه الاستدلال انه أوجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو الولاد له لما عرف من أن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة له فاذا وجب نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى وحين ثبتت نفقته بطريق أولى تبين ان نفقة الوالدة هي نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها في الخدمة والتربية والرضاع حتى ان اللبن الذي هو مؤنته انما يستحيل لبنا من غذائها فايجاب نفقتها عليه ايجاب نفقته عليه اذ ليست النفقة سوى اخراج ما يحتاجه المحتاج اليه لكفايته وقد تقدم في الكتاب ما يشير الى أن نفقة الخادم من نفقة المرأة وان كانت نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سألت محمدا عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولانه جزؤه فكان كنفسه (قوله وليس على الام أن ترضعه) يعني في الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذي سنذكره (قوله وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم) أي عدم الجبر بيان الحكم قضاء بمعنى انها اذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليه وهو واجب عليها ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضي عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع (قوله وذلك) أي عدم الجبر اذا وجد من ترضعه فاذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدي غيرها أجبرت على ارضاعه صيانة له عن الضياع وذكر الحلواني أن ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدي ترك اجبارها الى التلف والى الاول مال القدوري والسرخسي وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذي لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته (قوله معناه اذا أرادت ذلك لان الحجر لها) أي التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم وقد قدمنا من

لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن) وجه التمسك بهذه الآية ان المولود له هو الاب فلما وجبت نفقة المرضعات على الوالد بسبب الولد فنفقة الولد أولى أن تجب ولان اللام في قوله تعالى وعلى المولود له للاختصاص فصار الولد كالعبد ونفقة العبد تجب على المولى لا يشاركه غير المولى فكذا هنا وفي المبسوط ويجبر الرجل على نفقة أولاده الصغار بقوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والنفقة بعد الفطام بمنزلة مؤنة الرضاع قبل ذلك اذ هما لا يتفاوتان من حيث النفقة (قوله وان كان الصغير رضيعا فليس على أمه أن ترضعه) وعند مالك رحمه الله تعالى عليها تجبر ان لم تكن شريفة (قوله أما اذا كانت لا توجد من ترضعه تجبر على الارضاع) وقيل لا تجبر الام في ظاهر الرواية لان الولد يتغذى بالدهن وسائر المائعات فلا يؤدي الى الضياع والى الاول مال القدوري وشمس الائمة السرخسي رحمهما الله تعالى

(قوله ويجوز أن يقال استدل بالآية الخ) أقول يأبى عن الحمل على ذلك قوله فيما سيأتي أما الولد فلاطلاق النص (قوله لا يقبل الاشتراك) أقول فيه تأمل

بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب أو الوجوب اذا لم يوجد من يرضعه أو لم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو الذي أشار اليه المصنف بقوله أما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع أو هو محمول على الوجوب عليها تدينا حتى لا يجوز استئجارها على الارضاع اذا كانت في عصمته (٢١٩) أو عدته على ما ذكره في الكتاب واستدل به فان قيل اذا كان بمعنى الامر وجب أن يتناول باطلاقه المنكوحة والمبانة قلت ان قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن في المطلقات وأوجب ايتاء أجورهن عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفي ذلك ابطال عمل احدى الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة في رواية اذا كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح وقوله (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه في دينه) بان أسلم الابن بنفسه والاب كافر أو على العكس لما أن اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح (كما تجب نفقة الزوجة وان خالفته في دينه أما الولد فلاطلاق ما تلونا) يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية (ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه) وكفره لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا في نفقة جزئه (وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه) يعني وجوب النفقة (بازاء الاحتباس الثابت به) أي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة والكتابية موجود والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود لكن لم لا يجوز أن يكون الكفر مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على

لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الا أنها عذرت لاحتمال عجزها فاذا أقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية أخرى جاز استئجارها لان النكاح قد زال وجه الاولى انه باق في حق بعض الاحكام (ولو استأجرها وهي منكوحته أو معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز) لانه غير مستحق عليها (وان انقضت عدتها فاستأجرها) يعني لارضاع ولدها (جاز) لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية (فان قال الاب لا أستأجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل أجر الاجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق) لانها أشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها (وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه واليه الاشارة بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده أي بالزامه لها أكثر من أجرة الاجنبية (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه) أما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وأما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه

اختيار الفقيهين الهندواني والسمرقندي انها تجبر على الحضانة وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه ثم لا يلزم المرضعة ان تمكث في بيت الام الا أن يشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان أو تحمل الصبي معها اليه أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي الى أمه (قوله وجه الاولى) لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله وهذا يعني عدم الاستئجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم والا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها في الحكم والوجه أيضا وربما يكون تأخيره ذكر وجهه للايماء الى انه المختار عنده وكذا ظاهر اطلاق القدوري المعتدة في قوله أو معتدته وان كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم اذ من عادته تأخير وجه القول المختار والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع اليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن وكذا لا يجوز استئجارها للارضاع (قوله وان انقضت عدتها فاستأجرها) اعلم أن حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر يتحقق عند العجز عن ارضاعه اذا ألزمت والعجز مبطن فأقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لان امتناعها عن الارضاع مع داعية حنو الوالدة ظاهر في عجزها عنه فلذا لم تجبر عليه اذا امتنعت فاذا أقدمت عليه بالاجر وهي منكوحة

(قوله لان الارضاع مستحق عليها ديانة) قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين فهو أمر بصيغة الخبر ولان عقد النكاح للسكن ولا سكن الا بعد اجتماعهما على اقامة المصالح ومن جملة ذلك الارضاع وأصل هذا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل أمور خارج البيت على علي رضي الله تعالى عنه وأمور داخله على فاطمة رضي الله تعالى عنها (قوله وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام) ولهذا تجب النفقة فيها ولو دفع زكاته الى معتدته عن طلاق بائن أو ثلاث أو شهد لمعتدته عن طلاق بائن أو ثلاث لم يجز فلا يصح استئجارها كما في حال قيام النكاح (قوله ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه في دينه)

(قوله وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب الخ) أقول الامر للايجاب والتقييد لا بد له من دليل والاصل هو الوجوب في القضاء

الولاية والكفر ينافيها وأقول لو استدل على نفقة الزوجة أيضا باطلاق قوله تعالى وعلى المولود له الآية كان أسهل ثانيا لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما يوهم كلامه من التردد فى سبب النفقة فانه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله فى قوله وعلى المولود له الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه وقوله (فى جميع ماذكرنا) أى من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما تجب على الاب اذا لم يكن

للصغير مال وتنكير مال يشير الى عمومه بوقوعه فى سياق النفى سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دورا أو عقارا أو ثيابا قال فى الذخيرة اذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب أن يبيع ذلك كله و ينفق عليه لان الاصل فى نفقة الانسان أن يكون فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا واعترض بان نفقة المرأة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منقوض والجواب ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية وقد تحقق فى نفقة المرأة أمر ضرورى فيتغير وذلك لان نفقة المرأة فى مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى *(فصل)* لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع فى بيان نفقة الوالد (ويجب على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه فى دينه أما الابوان فلقوله تعالى (وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا) قيل نزلت فى سعد بن أبى وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة يا سعد

بلغنى أنك صبوت فوالله لا يظلنى سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه وكان أحب ولدها اليها فأبى سعد وصبرت هى ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة أيام حتى غشى عليها فأتى سعد النبى صلى الله عليه وسلم وشكا اليه ذلك فنزلت هذه الآية (وليس من المعروف أن يعيش الولد فى نعم الله و يترك ما كان سبباله فى تلك المعيشة يموت من الجوع) وقد قيل فسر النبى صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا و يكسوهما اذا عريا وكلامه واضح وقوله (لما تلونا) أراد به قوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا ولم يذكر المصنف ههنا ان الاب اذا كان قادرا على

الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه أو لا قال شمس الائمة السرخسى اذا كان الاب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلوانى لا يجبر على ذلك فاعتبره بذى الرحم المحرم بناء على أن استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهى تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسى يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا تجب على الاب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة أو غيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاد جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاد جارية الوالد فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط فى حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة وقوله (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين) ظاهر وقوله (لانا نهينا عن البر فى حق من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا فانه باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين وأجيب بان العمل باطلاقه يفضى الى التعارض المفضى الى الترك الممتنع فحمل ذلك على أهل

الاحتباس فوجبت النفقة وفى جميع ماذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال أما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان فى مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا

(فصل) (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه فى دينه) أما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا نزلت الآية فى الابوين الكافرين وليس من المعروف أن يعيش فى نعم الله تعالى و يتركهما يموتان جوعا وأما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته فى ماله أولى من ايجابها فى مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد) أما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها الحق

أو معتدة عن رجعى أو مطلقا على ما هو الاوجه ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا أجر يستحق فى مقابلة فعل الواجب ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استأجرها الارضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ومقتضاه أن لا يجوز بعد العدة أيضا كما قبلها وهذا لان الوالدات فى قوله تعالى والوالدات يرضعن أعم من البائنات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة فيها و بعدها والمانع من أخذ الاجرة والاستئجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع باجر وغاية ما يقال ان الارضاع من نفقته وهى على الاب لا الام و يدفع بان هذه النفقة أوجبها الذى له ولاية الايجاب على الام بعد ان أوجب رزقها بادرار الثدى فلم يبق منها سوى الفعل الاختيارى فأوجب عليها القامه ثديها وثبوت هذا الايجاب بالنص المذكور أعنى يرضعن أولادهن والحق انه أوجب عليها مقيدا بايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ففى حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشئ فتقوم الاجرة مقامه (قوله وفى جميع ماذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبى مال) وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فللاب أن يبيعه و ينفقه عليه وكذا يعطى منه أجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر اذا لم يكن لاحتباس ذلك له ليس بأولى من ايجاب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها محتبسة لغرض الآخر فنفقتها عليه وان كانت غنية أما الولد فنفقته للحاجة و بغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم والله أعلم

(فصل)* (قوله وعلى الرجل) أى الموسر (قوله وأجداده) يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علوا وفى جداته جداته لابيه وجداته لامه وان علون وقوله اذا كانوا فقراء يوافق باطلاقه قول السرخسى حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلوانى انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة فى ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته

بان أسلم الابن والاب كافر او أسلمت أم الصغير والاب كافر أو ارتد الصغير والعياذ بالله والاب مسلم لان اسلام الصبى العاقل وارتداده صحيح ثم الولد اذا لم يكن له مال فأبى أن يكتسب و ينفق على أولاده يجبر على ذلك و يحبس بخلاف سائر الديون فان كان الاب عاجزا عن الكسب لما به من الزمانة أو كان مقعدا يتكفف الناس و ينفق عليهم هكذا ذكر فى نفقات الخصاف رحمة الله تعالى عليه ومن المتأخرين من قال نفقة الاولاد فى مثل هذه الصورة فى بيت المال لانه اذا كان بهذه الصفة تكون نفقته فى بيت المال فكذا نفقة أولاده والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) (قوله وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده الى قوله وان خالفوه فى دينه) معناه اذا كانوا من أهل الذمة أما اذا كانوا من أهل الحرب فلا نفقة لهم (قوله وصاحبهما فى الدنيا معروفا)

على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكتسب الابن و ينفق على الاب فالمعتبر فى ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى فى ايكاله الى الكد والتعب أكثر منه فى التأفيف المحرم بقوله تعالى ولا تقل لهما أف ولا خلاف فى استحقاق الزوجة الغنية لانه فى مقابلة احتباسه اياها الاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضى الغنى (قوله نزلت فى الابوين الكافرين) بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما فى الدنيا معروفا واتبع سبيل من أناب الى ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعرى و يتقلب هو فى النعم الا أن محملها على غير الحربيين فأما الآباء الحربيون وان كانوا مستأمنين فى دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم الى قوله انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية بينها وبين آية الابوين عموم وخصوص من وجه فيتصادقان فى الابوين الحربيين وتنفرد آية المصاحبة فى غير الحربيين وآية النهى فى غير الابوين فتعارضا فى الابوين الحربيين فقدمت آية النهى لتقديم المحرم على المبيح ولقائل أن يقول النهى انما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال فى الدين واخراج المسلمين من ديارهم وهم أهل مكة فلا يتناول الابوين الحربيين اللذين لم يتحقق منهما قتال ولا تظاهرة على اخراج ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لان الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والاخراج منه وأيضا صرح النص بعدم النهى عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا أيضا حربيون (قوله وأما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات) ظاهره أنهم يدخلون فى اللفظ أعنى لفظ الابوين الذى هو مرجع الضمير فى قوله وصاحبهما فى الدنيا معروفا وفيه نظر فانهم فى مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ فان أراد الحاقهم بالقياس فلا حاجة بل لا ينبغى أن يعلل بانهم من الآباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسببهم فى وجوده و يلحق بهم الاجداد و يعتبره فى عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم اياه فى عموم المجاز فى الامان ليدخل الاجداد مع أن الامان يحتاط فى اثباته وقوله ولهذا يقوم الجد الخ قيامه مقامه فى الوراثة وولاية الانكاح والتصرف فى مال ولد الولد هذا ولو قال انهم من الوالدين والوالدات كان أقرب لان مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الابوان (قوله أما الزوجة الخ) عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها انه حيث

نزلت فى الابوين الكافرين دل عليه السياق وهو قوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم

(فصل) (وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده الخ) أقول لم يذكر المصنف ههنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الانفاق عليه أولا قال شمس الائمة السرخسى اذا كان الاب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلوانى لا يجبر على ذلك واعتبره بذى الرحم المحرم ووجه الفرق مذكور فى العناية وغيرها واختار المصنف ماذكره السرخسى كما سيجىء بعد سطور وقال المصنف (وأما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات) أقول فيتناولهما النص وفيه نظر فانهم فى مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ (قوله لوقعت المساواة الخ) أقول فيه تأمل (قوله فحمل ذلك على أهل الذمة الخ) أقول فيه ان أم سعد لم تكن ذمية ثم سيجىء فى كتاب السير ما يخالفه ظاهرا

الذمة وهذا على أهل الحرب وقوله (ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) من فروع قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا الفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح خلا قوله دوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون أعلى ولان الانفاق صلة احياء حقيقة وصلة العتق صلة احياء حكما ولا شك في ان الاحياء الحقيقي أعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره بان يسال الناس أو يبره أحد من غير سؤال فان الهلاك جوعا في العمران مع توفر أصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر وأما الحاجة الى الاعتاق فانها لا تندفع الا من جانبه وأما كون الاحياء الحقيقي أعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا قال (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد) لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية

(قوله وبالمعقول) أقول فيه ان ذلك ليس دليلا آخر بل لاظهار حكمة تعليق الشارع ايجاب النفقة بالقرابة المحرمية مقيدا بالارث وعتق القريب بها بلا قيد لان

له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة وأما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه لكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين (ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى أصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد)

اضاف ايجاب النفقة الى العقد فهو اضافة الى العلة البعيدة وأن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ماقدمنا (قوله فكما لا يمتنع الخ) الاحسن أن يقال فكما يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لان عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل أخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على انفاقه على نفسه محل نظر أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا أمره بالمعروف من ذلك (قوله ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) اظهار لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وقوله لان النفقة أي نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعني بالقرابة والمحرمية مقيدا بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ارث بين المسلم والكافر بخلاف العتق فانه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وسيأتي الكلام عليه (قوله فاعتبرنا في الاعلى) وهو دوام ملك اليمين (أصل العلة) وهو القرابة المحرمة (وفي الادنى) وهو النفقة (العلة المؤكدة) بالتوارث وهذا في الحقيقة ابداء لحكمة الشرع يعني انما شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث وشرع عتق القريب اذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار ملك رقبة القريب فوقه في القطيعة فاوجب رفعها بلا مؤكد بخلاف مالم يبلغ مبلغه في القطيعة فانه لم يرفعه حينئذ الا بمؤكد وما قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والارث ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم والحق في الجواب ان ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث والخال كذلك لا من يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا حينئذ استدلال بمفهوم الصفة على اخراج الكافر الذمي لانا نقول بل هو اثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى

فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا أي في أمور الدنيا بالمعروف وهي الطاعة لهما فيما لا يفسد عليك دينك وفسر النبي صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا (قوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين) قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم (قوله لان النفقة متعلقة بالارث بالنص) قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك والحكم اذا رتب على اسم مشتق كان ماخذ الاشتقاق علة لذلك الحكم كما في قوله تعالى والسارق والسارقة (قوله بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة المحرمية بالحديث) قال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه (قوله ولان القرابة القريبة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد) لان له أثرا في الاحسان ألا ترى ان الله تعالى حقق الاخوة بسبب الدين ودوام ملك اليمين أقوى في قطيعة الرحم من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى أصل العلة أي في دوام ملك اليمين القرابة القريبة وفي الادنى أي في حرمان النفقة العلة المؤكدة أي القرابة مع

(لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص) وهو قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك فكانا غنيين به والغني لا تجب نفقته على غيره فان قيل التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث مشهور فتجوز به الزيادة سلمنا انه من الآحاد لكن ترك اطلاق قوله وعلى الوارث مثل ذلك بما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الآية كما تقدم فان قلت لا منافاة بين الآيتين لان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن يقتضي ان شارك الجد الابن كما ان قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد بالاجماع صار غنيا به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن وقوله (ولانه أقرب الناس اليهما) أي الولد أقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما أولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان أقرب فهو أولى بالاستحقاق له وعليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة ان النفقة بين الذكر والانثى أثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام ووجه الظاهر ماذكره في الكتاب لان المعنى يشملهما وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التاويل وحق الملك لهما في مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث فقوله (وهو الصحيح) احترازا عن رواية الحسن

(قوله قال الى قوله والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن) أقول فكان المآل الى التقييد بالحديث فان الاجماع لا يصلح مقيدا

لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه أقرب الناس اليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما

على العدم الاصلي لا أن نفيه مضاف الى اللفظ (قوله لان لهما تاويلا في مال الولد) يفيد أنه ملكهما (بالنص) وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسيأتي في باب الوطء الذي يوجب الحد وأخرج أصحاب السنن الاربعة عن عائشة رضي الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه حسنه الترمذي فان قيل هذا يقتضي أن له ملكا ناجزا في ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه والبيهقي عنها مرفوعا ان أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وأموالهم لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه مؤول أنه تعالى ورث الاب من ابنه السدس مع ولد ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شيء مع وجوده (قوله هو الصحيح) احترازا عن رواية الحسن عن أبي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث أثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي الارحام وبه قال الشافعي وأحمد والحق الاستواء فيها لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث ولهذا ثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع اعتباره أولا فيجري فيه الخلاف السابق بين شمس الائمة السرخسي والحلواني وعن أبي يوسف قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الاب اليه كي لا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لان الانسان لا يهلك على نصف بطنه وقال الشاعر
* كلوا في بعض بطنكم تعفوا * وفي الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه روايتان في رواية كما قلنا وفي رواية انما تجب نفقة زوجة الاب اذا كان الاب مريضا أو به زمانة يحتاج الى الخدمة اما اذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا لا فرق بين الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه ثم الاصل في نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث ولذا لو كان له أخ شقيق وبنت بنت وان سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وان كان ميراثه لاخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليهما معا اشترا كهما في الميراث واذا كان للفقير ولد وابن ابن موسران فالنفقة على الولد لانه أقرب واذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وان كان الميراث بينهما لقرب البنت فاذا استويا فالنفقة عليهما الا أن يترجح أحدهما بمرجح وهما وارثان واذا كان له ولدا ابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وان كان الارث لولد الابن وكذا اذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له والد وولد فهي على الولد لاستوائهما في القرب ويترجح الولد باعتبار التأويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط واذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس على نفقته وقال الاب أنا معسر

اتفاق الدين (قوله لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص) وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك (قوله وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح) احترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ان النفقة بين الذكور والاناث أثلاثا للذكر مثل حظ الانثيين على قياس نفقة ذوي الارحام (قوله لان المعنى يشملهما) وهو ما للاب من التاويل في مالهما وكونهما أقرب الناس اليه (قوله

وقوله (والنفقة لكل ذى رحم محرم) مبتدأ وخبره محذوف أى النفقة لكل ذى رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التابيد واجبة اذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا فقيرا زمنا أو أعمى لان الصلة فى القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فان ذلك للاشارة الى البعيد فيكون اشارة الى أول الآية وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فيدل على ان على الوارث النفقة وتقييده بذى الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته كانت مسموعة من النبى صلى الله عليه وسلم ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك والصفات المذكورة وهى الصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غنى فان قيل ما بال الابوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب أجاب بقوله بخلاف الابوين الخ وهو اختيار شمس الائمة السرخسى وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه

(قوله فان ذلك للاشارة الى البعيد) أقول لا الى القريب الذى هو النهى عن المضارة على ما فسر به أيضا

(والنفقة لكل ذى رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا أو أعمى لان الصلة فى القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفى قراءة عبد الله بن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غنى بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مامور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب

ذكر فى المنتقى ان القول للاب والبينة بينة الابن (قوله والنفقة لكل ذى رحم محرم) أى واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لا من الاخبار بالجار والمجرور لتبين عن الخبر لوجوب تعلقهما بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال أحمد على كل وارث محرما كان أولا وهو قول ابن أبى ليلى وقال الشافعى لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام ووجهه انه يجعل الاشارة فى قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفى المضارة لا لايجاب النفقة فلا يبقى دليلا على ايجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعى قلنا نفيها لا يختص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الاشارة المقرونة بالكاف فانها بحسب الوضع للبعيد دون القريب ووجه قول أحمد أنه تعالى علقها بالوارث فقيد المحرمية زيادة قلنا فى قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فان قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة أجيب بادعاء شهرتها واستدل على الاطلاق بما فى النسائى من حديث طارق قال قدمت المدينة فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك ورواه أحمد وأبو داود والترمذى عن معاوية بن حيدة القشيرى قلت يا رسول الله من أبر قال أمك قال ثم من قال أمك قال ثم من قال أباك ثم الاقرب فالاقرب قال الترمذى حسن وفى صحيح مسلم فان فضل عن أهلك شئ فلذوى قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالارث ولا يخفى ان الثانى لا يفيد وجوب النفقة أصلا لانه جواب قول السائل من أبر وهو لا يستلزم كونه سؤالا عن البر المفروض لجواز كونه سؤالا عن الافضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف الاول وليس هذا معارضا للنص لان الايجاب على الوارث بالنص لا ينفى أن يجب على غيره فيثبت على غيره بالحديث عند من لا يقول بمفهوم الصفة على أن لقائل أن يلزمهم ان الوارث أريد به القريب عند من عبر به عنه مخصوصا على رأيكم وهو أن كل قريب وارث لتوريثكم ذوى الارحام مع قولكم ان المراد به أهلية الارث فى الجملة حتى قالوا اذا كان له خال وابن عم ان نفقته على خاله وميراثه لابن عمه اللهم الا أن يثبت قولنا نقطع بان ايجاب النفقة لوجوب الوصل والقرابة التى يفترض وصلها بالنصوص هى على المحرمية بخلاف غيرها لا يفترض وصلها الا ان التحريم انما يثبت للوصل وهو الظاهر لما تقرر انه سبب التحريم فى المحرمات من القرائب لان الافتراش اما عدم وصل أو يؤدى اليه (قوله فان القادر على الكسب غنى بكسبه) وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغا ولهذا أخذ فى البالغ الذى تجب نفقته من غير الولاد الزمانة

والنفقة لكل ذى رحم محرم) وقال ابن أبى ليلى تجب النفقة على كل وارث محرما كان أو غير محرم لظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وقال الشافعى رحمه الله لا تجب النفقة على غير الوالدين والمولودين لان استحقاق الصلة عنده باعتبار الولاد دون القرابة حتى لا يعتق أحد على أحد الا الوالدون والمولودون عنده أو جعل قرابة الاخوة كقرابة بنى الاعمام وحمل النص على نفى المضارة دون النفقة وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنه ولنا قول ابن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك فقيد المطلق به قد قال عمر وزيد رضى الله عنهما وعلى الوارث مثل ذلك من النفقة وهذا لان نفى المضارة لا يختص به الوارث بل يجب ذلك على غير الوارث كما يجب على الوارث وقوله ذلك ينصرف الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف

قال

وقوله (يجب ذلك) يعنى النفقة (على قدر الميراث ويجبر عليه) أى على الانفاق أما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن معسر صغيرا أو كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لاب وأم وعلى أخيه لام أسداسا بحسب ميراثهما فاما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وأم خاصة لان ميراث الولد له عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وأم ولا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما وتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كان نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة أما نفقة الابنة فلما بينا وأما نفقة الاب فلان الوارث ههنا الاخ لاب وأم خاصة لان الاخ لاب وأم يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة أن يجعل البنت كالمعدومة ولكن تعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف الابن فانه لا يرث معه أحد من الاخوة فلا بد من أن يجعل كالمعدوم فاذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب وأم والاخ لام أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك وهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم وأما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذى الرحم المحرم الذى لم يرث لا على غير ذى الرحم المحرم الذى هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذى يحرز الميراث لان النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره فى الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب أن تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث أجيب بان نفقة ذى الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة فى حقه بخلاف الخال فان صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن) كلامه ظاهر وقوله (ووجه الفرق) يعنى بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على الاب والثلث على الام كما فى الارث انه اجتمعت للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه فى النفقة على نفسه فكذا فى النفقة على الصغير وأما الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما أثلاثا فكذلك نفقته وقوله أخماسا على قدر الميراث يعنى ثلاثة الاخماس من الميراث تكون للاخت لاب وأم والخمس للاخت لاب والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل

قال (ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه) لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث) لان الميراث لهما على هذا المقدار قال العبد الضعيف هذا الذى ذكره رواية الخصاف والحسن وفى ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب فى الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفى غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد أثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات

حيث قال والابن الزمن البالغ ويصرح بما قلنا ما فى الكافى للحاكم حيث قال فى باب نفقة ذوى الارحام ولا يجبر الموسر على نفقة أحد من قرابته اذا كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب الا فى الوالد خاصة أو فى الجد أبى الاب اذا مات الولد فانى أجبر الولد على نفقته وان كان صحيحا انتهى وهذا جواب الرواية وهو يشد قول شمس الائمة السرخسى بخلاف الحلوانى على ما قدمناه (قوله لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار) بطريق انه يفيد علية مأخذ الاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم فى محل وجود العلة على قدر وجودها مثاله اذا كان له أخ شقيق أو لاب وأخت شقيقة أو لاب فالنفقة عليهما أثلاثا على الاخ الثلثان وعلى الاخت الثلث لان ميراثه منهما كذلك ولو كانا لام وجبت عليهما نصفين كارثهما ولو كان معهما أخ لابوين أو لاب أو عصبة أخرى فالثلثان على العاصب ولو كان أخ لاب وأخ لام فالسدس على الاخ لام وخمسة الاسداس على الاخ لاب وعلى هذا فقس (قوله ووجه الفرق) أى بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن (قوله فاختص بنفقته) لانه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ فانه ليس للاب ولاية عليه ليكون فى معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم (قوله على الاخوات المتفرقات) بان تكون أخت

(قوله لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار) وهذا لان الاصل ان الحكم متى رتب على الاسم المشتق من معنى كان مأخذ اشتقاق ذلك الاسم علة لذلك الحكم كالزانى والسارق فكان الارث علة

(قوله وأجيب بان نفقة ذى الرحم الخ) أقول فى الجواب قصور فان وجوب النفقة متعلق بالقرابة المحرمة المورثة وليس ذلك بموجود فى الخال مع وجود ابن العم فالاظهر أن يقال ليس المراد الارث بالفعل فان ذلك بعد موت المنفق

أخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر أهلية الارث فى الجملة لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير) لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل فى مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر فى حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير

شقيقة وأخرى لاب وأخرى لام اخماسا ثلاثة اخماسها على الشقيقة وخمس على التى لاب وخمس على التى لام لان ميراثهن منه كذلك بواسطة الرد عليهن (قوله غير أن المعتبر أهلية الارث) هذا هو الجواب الذى أسلفناه وقدمنا تقريره وايضاحه أن حقيقة الوارث غير مرادة فانه لمن قام به الارث بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت ارادة الحقيقة فكان المراد من يثبت له ميراث والخال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم أو عمة فان النفقة حينئذ على العم لاشتراكهما فى المحرمية واحراز العم الميراث فى الحال لو مات فلو كان العم معسرا وجبت بين العمة والخال أثلاثا على العمة الثلث ويجعل المعسر كالميت والحاصل ان قوله أهلية الميراث لا احرازه فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم أما اذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث فى الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث فى الحال وتجب النفقة على العم واذا اتفقوا فى المحرمية والارث فى الحال وكان بعضهم فقيرا جعل كالمعدوم ووجبت على الباقين على قدر ارثهم كأن ليس معهم غيرهم (قوله ثم اليسار مقدر بالنصاب) أى بنصاب الزكاة على ما روى عن أبي يوسف وعن محمد روايتان احداهما بما يفضل عن نفقته شهرا والاخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه أربعة دوانق وجب عليه الدانقان للقريب ويحمل الروايتين على حاجة الانسان ان كان مكتسبا ولا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومى وان لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه ومال السرخسى الى قول محمد فى الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر فى جانب المؤدى بتيسير الاداء وتيسير الاداء موجود اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد

لاستحقاق النفقة فتقدر بقدر الارث لان الحكم يثبت بقدر علته (قوله غير ان المعتبر أهلية الارث) لا احرازه أى يعتبر أن يكون وارثا فى الجملة وان كان محجوبا بغيره لان سبب استحقاق النفقة حال القضاء بالنفقة قيام سبب الارث لا جريان الارث اذ لا يتصور جريان الارث حال القضاء بالنفقة لان القضاء بها حال حياة القريب ولا يجرى الارث حال الحياة فلو كان للمعسر خال وابن عم فنفقته على خاله لانه محرم ويحرز ميراثه ابن عمه لانه عصبة وهذا لان سبب الارث ثابت للخال فان ابن العم لو مات قبل الخال يحرز ميراثه الخال فاذا استويا فى المحرمية وأهلية الارث يترجح من كان وارثا فى الحال فلو كان له عم وخال أو عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لاستوائها فى المحرمية ويترجح العم بكونه وارثا فى الحال ولو كان العم معسرا فالنفقة على العمة والخالة اثلاثا على قدر ارثهما ويجعل العم كالميت واذا اجتمع المعسرون والموسرون يقدر المعسر موسرا وتقسم النفقة عليهم ثم يسقط نصيب المعسر ويجب كل النفقة على الموسرين كصغير له ام وأخت لاب وأم وأخت لاب وأخت لام والاخت لاب وأم والام موسرتان والاخريان معسرتان تجب النفقة على الام والاخت لاب وأم أرباعا فاعتبرنا المعسرتين موسرتين حتى يوزع على ستة أسهم على قدر ميراثهن ثم يسقط نصيب المعسرتين بالاعسار فتبقى أربعة أسهم وهو نصيب الموسرتين فتجب كل النفقة عليهما أرباعا ثلاثة أسهم على الاخت وسهم على الام ولا يلحق المعسرتان بالاموات والا لوجبت النفقة على الموسرتين اخماسا خمساها على الام وثلاثة الاخماس على الاخت (قوله لانه التزمها بالاقدام على العقد) أى التزم نفقة الزوجة وأما ولده الصغير فلانه

وقوله (غير أن المعتبر) استثناء من قوله وفى غير الوالد تعتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث هو أن لا يكون محروما وفى كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر أهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال يعنى وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا أن الخال ذو رحم محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) راجع الى قوله المعتبر أهلية الارث وقوله (ولا بد من اعتباره) أى اعتبار الارث بان يكون أهلا لا محرزا ولهذا قلنا لا يجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم ولا عكسه وقوله (ولا تجب على الفقير) ظاهر وقوله (بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا) قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم) اذا كان محترفا لا ينفق من كسب يده

والفتوى

وقوله والفتوى على الاول) يعنى ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم اذا كان فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح لان النفقة أشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلان لا يشترط ههنا وهى مؤنة من كل وجه أولى ونقل فى خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال فى نوادر أبي يوسف يشترط نصاب الزكاة ثم قال فى الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد فى الفتاوى الصغرى (٢٢٧) ان انتقص منه درهم لا يجب (وان كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقوله (وقد بينا الوجه فيه) يريد ما تقدم من قوله ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء الى قوله ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم وقوله (واذا باع أبوه متاعه) ظاهر وقوله (وكذا لا تملك الام فى النفقة) مخالف لما ذكر فى الاقضية وما ذكره القدورى من جواز البيع للابوين فاما ان يكون فى المسئلة روايتان فى رواية الاقضية والقدورى تملك الام البيع كالاب لان معنى الولادة يجمعهما وهما فى استحقاق النفقة على السواء واما ان يكون ما فى الاقضية والقدورى مؤولا بان الاب هو الذى يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما

قال المصنف (لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة) أقول لا كما روى عن أبي يوسف هكذا قيل لكن فى شرح الكنز للامام الزيلعى ان اليسار هنا مقدر بنصاب

والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة (واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقد بينا الوجه فيه (واذا باع أبوه متاعه فى نفقته جاز) عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وهذا استحسان (وان باع العقار لم يجز) وفى قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك فى حال حضرته ولا يملك البيع فى دين له سوى النفقة وكذا لا يملك الام فى النفقة ولابى حنيفة رحمه الله

أرفق ومال الولوالجى الى قول أبي يوسف قال في النفقة تجب على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيتقدر به وقال فى الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكاة وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة (قوله والفتوى على الاول) أى على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول أبو يوسف وتقدم تفصيل النصب فى باب صدقة الفطر الا أن النفقة لما كانت حق الآدمى نفسه تعتبر مجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق يجب لله تعالى بسبب الآدمى وحقوق الله تعالى يراعى فيها من التيسير ما لا يعتبر فى حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا لم يكن كسوبا يعتبر أن يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا أنفق ولم يبق له شئ سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب أن يعول عليه فى الفتوى (قوله واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له أن يأخذ اذا قدر بلا قضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم أن ينفقوه على أنفسهم اذا احتاجوا (قوله وقد بينا الوجه فيه) عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة فى مال غائب الا لهؤلاء وهو قوله ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم (قوله وان باع العقار لم يجز) ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا أو مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا (قوله لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ) وقرر فى النهاية توجيه القياس بان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبى رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا على الغائب ولا يخفى ان قيد الرشيد ليس معتبرا فى انقطاع ولاية الاب نعم اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد أو يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى أمكنه أن يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولذا قالا فى جواب أبي حنيفة هناك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى آخر ما عرف فى باب الحجر (قوله وكذا لا تملك الام فى نفقتها) مع انها مساوية للاب فى استحقاق النفقة وكذا ليس للقاضى أن يحكم به مع عموم ولايته (قوله ولابى حنيفة) حاصله الفرق بين الاب

حرزه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذا نفقة طفله (قوله والفتوى على الاول) وهو ان اليسار مقدر بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو أن يملك مما فضل عن حاجته ما يبلغ مائتى درهم فصاعدا وهو الصحيح وهذا لانه لم يشترط لوجوب صدقة الفطر غنى موجب للزكاة وانما يشترط غنى محرم للصدقة فكذا فى حق ايجاب النفقة لان النفقة أشبه بصدقة الفطر منه بالزكاة لان فى صدقة الفطر معنى المؤنة ومعنى الصدقة فاذا لم يشترط لصدقة الفطر غنى موجب للزكاة وهى صدقة من وجه ومؤنة من وجه فلان لا يشترط لوجوب النفقة غنى موجب للزكاة وانها مؤنة من كل وجه كان أولى (قوله واذا باع أبوه متاعه فى نفقته جاز) وفى

حرمان الصدقة عند أبي يوسف رحمه الله لانه هو المعتبر فى وجوب المواساات عليه لوجوب التبرع كصدقة الفطر اه (قوله وهى مؤنة من كل وجه أولى) أقول فيه بحث فانها صدقة أيضا على ما دلت عليه الاخبار الصحيحة وجوابه ان المراد أن شرعيتها للمؤنة ولا ينافى كونها عبادة بالنية بخلاف صدقة الفطر وسيجىء من المصنف فى كتاب الحج أيضا انها ليست عبادة والمراد ما ذكرنا (قوله من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر) أقول ألا ترى الى قول المصنف بخلاف غير الاب من الاقارب قال المصنف (ولابى حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب) أقول قال الامام الزيلعى وفى المسئلة نوع اشكال وهو أن يقال اذا كان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ اجماعا فالمانع له من

ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب ألا ترى ان للوصى ذلك فالاب أولى لوفور شفقته و بيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها و بخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم أصلا فى التصرف حالة الصغر ولا فى الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له أن يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه (وان كان للابن الغائب مال فى يد أبويه وأنفقا منه لم يضمنا) لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد أخذا جنس الحق (وان كان له مال فى يد أجنبى فانفق عليهما بغير اذن القاضى ضمن) لانه تصرف فى مال الغير بغير ولاية لانه نائب فى الحفظ لا غير بخلاف ما اذا أمره القاضى لان أمره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به

وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العروض من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصى فلان يملكه الاب اولى لان الوصى يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد أو جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب العروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع لكن نقل فى الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدورى فى شرحه فانه أضاف البيع اليهما فيحتمل أن يكون فى المسئلة روايتان ووجه رواية الاقضية ان معنى الولاد يجمعهما وهما فى استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الاتفاق فتأويله ان الاب هو الذى يتولى البيع و ينفق عليه وعليها أما بيعها بنفسها فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ (قوله فانفق عليهما بغير اذن القاضى ضمن) أى فى القضاء أما فيما بينه و بين الله تعالى فلا ضمان عليه ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفى النوادر لو لم يكن فى مكان يمكن استطلاع رأى القاضى لا يضمن استحسانا وقالوا فى رفقة فى سفر أغمى على أحدهم أو مات فانفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من أصحاب محمد خرجوا الى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم فلما وصلوا سألهم محمد فذكروا له ذلك فقال محمد لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء وكذا باع محمد كتب تلميذ له مات وأنفق فى تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا فى عبد مأذون مات مولاه فى بلاد بعيدة فانفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشايخ بلخ فى مسجد له أوقاف ولا متولى له فقام رجل من أهل المحلة فى جمع ريعها وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصر والحشيش لا يضمن استحسانا (قوله فظهر الخ) يعنى اذا ضمنه الغائب

قولهما لا يجوز وهو القياس لان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبى رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا لولده الغائب فان الابن اذا بلغ وهو غائب فللاب و وصى الاب بيع عروضه تحصينا على ولده الغائب وههنا هو لا يبيع تحصينا على الغائب وانما يبيع لنفسه وليست له هذه الولاية ألا ترى ان استحقاق الام النفقة كاستحقاق الاب ثم الام لا تبيع عروض الولد فى نفقتها فكذلك الاب ولكن استحسن أبو حنيفة رحمه الله فقال ولاية الاب وان زالت بالبلوغ لكن بقى أثرها ولهذا صح منه الاستيلاد فى جارية الابن فلبقاء أثر ولايته كان له أن يبيع العروض لان بيع العروض من الحفظ فان العين يخشى عليها الهلاك وحفظ الثمن أيسر وفى الذخيرة ثم ذكر ههنا أن الاب يملك بيع منقول ابنه الكبير الغائب والام لا تملك وذكر فى الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدورى فى شرحه فانه أضاف البيع اليهما فاما أن يكون فى المسئلة روايتان فى رواية الاقضية والقدورى يملك واما أن تكون المسئلة على الاتفاق بان الام لا تملك وتأويل ما ذكر فى الاقضية والقدورى ان الاب هو الذى يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع تعود اليهما وهو الظاهر

(واذا)

وهو الظاهر وقوله (ان للاب ولاية الحفظ فى مال الغائب) اعترض عليه بانه كذلك لكن الغرض انه يبيعه لنفقته وانما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ وأجيب بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الانفاق لا تتغير تلك الحقيقة اذ لا تأثير للعزيمة فى تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفى الحال لم تجب فلا تعارض وقوله على ما مر اشارة الى ما قال ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضى اعانة لهم وقوله (لانه ملكه بالضمان) يعنى

البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل اه جواب الاشكال الاول ظاهر فانهما يفرقان بين البيع للحفظ ثم الانفاق والبيع بقصد الانفاق وجواب الثانى ظاهر من تقرير الاشكال فتامل فيه (قوله لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفى الحال لم تجب فلا تعارض) أقول فيه بحثان الاول انه اذا وجب بفرض القاضى واذنه فى الاستدانة ينبغى أن لا يجوز البيع على ما قرره والظاهر خلافه

(واذا قضى القاضى للولد والوالدين وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال (الا ان يأذن القاضى بالاستدانة عليه) لان القاضى له ولاية عامة فصار اذنه كأمر الغائب فيصير دينا فى ذمته فلا تسقط بمضى المدة والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) (وعلى المولى ان ينفق على عبده وأمته) لقوله صلى الله عليه وسلم فى المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت أيديكم أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله (فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا و يبقى فيه ملك المالك

ظهر ملكه لما دفعه للابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما (قوله فمضت مدة سقطت) هذا اذا طالت المدة فاما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضى مأمور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كل ما مضى سقط لم يمكن استيفاء شئ ومثل هذا قدمناه فى غير المقر وضمن نفقة الزوجات (قوله لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة) وعن هذا ما قدمناه من انه لو أعطاهم نفقة أو كسوة فسرقت أو هلكت كان عليه أخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك فى حق الزوجة ليس عليه أخرى حتى تنقضى مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرعا لحاجتها بل لاحتباسها فى تلك المدة و بالتلف قبل مضى تلك المدة لم ينتف الاحتباس عنها (قوله الا أن يأذن القاضى بالاستدانة فلا تسقط) وان كان فى نفقة ذوى الارحام لما ذكر فى الكتاب وما ذكره فى زكاة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه قيل محمله فى نفقة الاقارب ما اذا أذن القاضى فى الاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا الى وفاء الدين أما اذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسى وحكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصره وقيدوا اطلاق الهداية به وقيل محمله ما اذا قصرت المدة بان تكون شهرا فاقل والله سبحانه اعلم

(فصل) (قوله وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته) عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبى والاولى أن يحمل قوله على ما اذا كانوا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فانفق الآخر بغير اذن القاضى وبغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا أنفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان أنفق أحدهما فى مرمتها بغير اذن صاحبه و بغير أمر القاضى فهو متطوع كذا فى الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل فى يده أمة ان هذه حرة قبل القاضى هذه الشهادة ادعت الامة أو جحدت و يضعها على يد عدل و تفرض نفقة الامة ان طلبت على

(قوله واذا قضى القاضى للولد والوالدين) وذوى الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى حيث لا تسقط بمضى المدة وكذلك لا يسقط دين الاستدانة فى ذوى الارحام واذا فرض القاضى للمرأة عشرة دراهم نفقة شهر فمضى الشهر وقد بقى من العشرة شئ يفرض لها القاضى عشرة أخرى لشهر آخر ولو كان مثل هذا فى الاقارب بان بقى شئ من الدراهم ومضت المدة لا يقضى بأخرى واذا فرض القاضى للمرأة الكسوة أو النفقة لوقت مقدر فهلكت الكسوة أو النفقة أو سرقت أو حرقت الكسوة أو اكلت النفقة قبل الوقت ليس عليه أن يكسوها و ينفق عليها أخرى وأما اذا فرض الكسوة أو النفقة للاقارب فضاعت من أيديهم قبل مضى الوقت فان القاضى يفرض لهم مرة أخرى والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) (قوله وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده) فان امتنع فكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا ذكر فى التجنيس رجل له عبد لا ينفق عليه هل للعبد أن يأكل من مال مولاه ان كان قادرا على الكسب ليس له ذلك وان لم يكن قادرا على الكسب له ذلك اذا أعتق عبدا صغيرا أو أمة لا تجب النفقة على المعتق لانه ليس بذى رحم

ان الاجنبى ملك المدفوع بالضمان فظهر انه كان متبرعا بمال نفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى يعنى أنها لا تسقط بمضى المدة لانها تجب مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى وقوله (الا ان يأذن القاضى بالاستدانة عليه) استثناء من قوله فمضت مدة سقطت ومعناه اذا أذن القاضى بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم أيضا كنفقة الزوجة وان مضت مدة لان القاضى له ولاية عامة فصار اذنه بالاستدانة كأمر الغائب بها ولو أمر الغائب بالاستدانة صار دينا فى ذمته لا يسقط بمضى المدة فكذا اذا أذن القاضى بذلك واذا تذكرت ان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال فى الذخيرة ان القاضى اذا فرض للزوجة فى الشهر مائة فمضت المدة وفى يدها منه شئ لم يحتسب للشهر الثانى ولو كان ذلك فى نفقة الاقارب حوسبت وان القاضى اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى تفرغ المدة ولو كان ذلك فى الاقارب وجب عليه ان يكسوهم *(فصل)* جمع

فى هـذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخوه عن الجميع وهو فى حيزه ظاهر مذهب أصحابنا ان الانسان لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق وامافى الدواب فيفتى فيما بينه (٢٣٠) و بين الله تعالى بالانفاق عليها وفى غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتى به

(وان لم يكن لهما كسب) بان كان عبدا زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها أجبر المولى على بيعهما) لانهما من أهل الاستحقاق وفى البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ماذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا و بخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه و بين الله تعالى لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ماقلنا والله تعالى أعلم بالصواب

الذى كانت فى يده اه ولوان عبدا صغيرا فى يد رجل فقال لغيره هذا عبدك أودعتنه عندى فانكر يستحلف ماأودعه ثم يقضى بنفقته على من هو فى يده لانه أقر برقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه فى يد نفسه والقول له فى الرق والحرية والحديث الذى ذكره فى الصحيحين من حديث أبي ذر أنه صلى الله عليه وسلم قال هم اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل و يلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم مايغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم و رواه أبو داود بسند صحيح و زاد فيه ومن لم يلائمكم منهم فبيعوهم ولا تعذبوا خلق الله وعن على رضى الله عنه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم رواه أحمد والمراد من جنس ماتأكلون وتلبسون لا مثله فاذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الجوالق والله أعلم ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد (قوله فان امتنع وكان لهما كسبا كتسبا وأنفقا) على أنفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له أن يتناول منه الا اذا نهاه عن الكسب أما اذا كان عاجزا عن الكسب فله أن يتناول من مال السيد اذا أبى أن ينفق عليه (قوله بان كان عبدا زمنا) يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن أن يؤاجر نفسه فى بعض الاعمال كحمل شئ وتحويل شئ كمعين البناء وماقدمناه نقلا من الكافى فى نفقة ذوى الارحام ثبوته هنا أولى وكذا اذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الانفاق أو البيع بخلاف المدبر والمدبرة وأم الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم عينا ان لم يقدروا على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشئ ولو أعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب فى بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس بينهما محرمية وان كان عصبة له كابن العم (قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ) ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضى على ترك الانفاق عليها لان فى الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضى له و يعتمد أهلية الاستحقاق فى المقضى له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه

محرم منه وان كان عصبة فصار كابن العم (قوله و بخلاف سائر الحيوانات) لانها ليست من أهل الاستحقاق اذا كانت الدابة كلها مملوكة لرجل لا يجبره القاضى على الانفاق عليها ولو كانت مشتركة يقول القاضى للآبى اما أن تبيع نصيبك أو تنفق عليه رعاية لجانب الشريك وهذا لان الشريك من أهل الاستحقاق وان لم تكن الدابة من أهل ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجبر على الانفاق فى البهائم أيضا وهو قول الشافعى رحمه الله لان فيه اضاعة المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان والاصح ماقلنا لان اجبار القاضى على الانفاق نوع قضاء ولابد للقضاء من مقضى له وهو من أهل الاستحقاق وهو موجود فى الرقيق لانه من أهل أن يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق حقوقا على المالك فلا يصلح مقضيا له ففات شرط القضاء فامتنع القضاء والله تعالى أعلم بالصواب

أيضا الا انه اذا كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوج والمملوك فى ان المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بان فى الاجبار على البيع زوال ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفى عدمه فوات حق المملوك فى النفقة لا الى خلف لان نفقة المملوك لا تصير دينا على المولى بحال من الاحوال وأما فى النكاح ففى الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفى عدمه فوات حق المرأة فى الحال الى خلف اصير ورة نفقتها بقضاء القاضى دينا على الزوج فكان تاخيرا وقوله على ماذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضى لانها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى (وعن أبي يوسف أنه يجبر) وهو قول الشافعى وقاساه على الرقيق والاصح ماقلنا بغنى من عدم الجبر لان اجبار القاضى المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضى له وهو من أهل الاستحقاق وهذا يوجد فى الرقيق لكونه من أهل أن يستحق حقا على المولى وعلى غيره فى الجملة ألا ترى انه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح ان يكون مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء والله تعالى أعلم

كتاب

(كتاب العتاق) ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له انه اسقاط بني على السراية (٢٣١) واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار اعتاق

(كتاب العتاق)

(الاعتاق تصرف مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم أيما مسلم أعتق مؤمنا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال (العتق يصح من الحر البالغ العاقل فى ملكه)

و بين الله تعالى و يكون آثما معاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفى الحديث امرأة دخلت النار فى هرة حبستها حتى ماتت لاهى أطلقتها تأكل من (١) خشاش الارض ولا هى أطعمتها وذكر المصنف انه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان يعنى ماتقدم من رواية أبي داود ولا تعذبوا خلق الله ونهى عن اضاعة المال وهو مافى الصحيحين من انه صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السؤال وعن هذا ماذكرانه يكره فى غير الحيوان أن لا ينفق عليها يعنى كالاملاك من الدور والزروع فانه يؤدى الى ضياع المال وعن أبي يوسف انه يجبر فى الحيوان وهو قول الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله وغاية مافيه أن يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضى على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ماعليه الجماعة بخلاف مالو كانت الدابة بين شريكين فطلب أحدهما من القاضى أن يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضى يقول للآبى اما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ذكره الخصاف وفى المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك *(فروع)* وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان أولا مثاله أوصى بعبد لرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو أوصى بجارية لانسان و بمافى بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله أوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلو ان يبنيه و يمنع صاحبه منه حتى يعطيه ماغرم فيه ولا يكون متبرعا وكذا لو أوصى بنخل لواحد و بثمرها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفى التبن والحنطة ان بقى من ثلث ماله شئ فالنفقة فى ذلك المال وان لم يبق فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما وأقول ينبغى أن يكون على قدر قيمة مايحصل لكل منهما والا يلزم ضرر صاحب القليل ألا يرى الى قولهم فى السمسم اذا أوصى بدهنه لواحد و بثجيره لآخر فان النفقة على من له الدهن لعده عدما وان كان قد يباع و ينبغى أن يجعل كالحنطة والتبن فى ديارنا لان الكسب يباع لعلف البقر وغيره وكذا أقول فيما عن محمد ذبح شاة فاوصى بلحمها لواحد و بجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ونفقة المبيع قبل أن يقبض قيل على المشترى فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع مادام فى يده و يجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر عليها بل ان اتفقا على ذلك والله سبحانه أعلم

(كتاب العتاق)

اشترك كل من الطلاق والاعتاق فى انه اسقاط الا أنه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك منافع البضع وأما اسقاط ملك مافى الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا فقد ميزت أنواع الاسقاطات باسماء لينسب اليها مع اختصار وتسرى اضافة للبعض الى الكل وهذا على ظاهر قولهما وعلى قوله

(كتاب العتاق)

العتاق والعتق عبارتان عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوى وطار عن وكره ومنه عتاق الطير لاختصاصها بمزيد القوة والخمر اذا تقادم عهدها تسمى عتيقا لاختصاصها بزيادة القوة والكعبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة للتملك عن نفسها وفى الشرع عبارتان عن قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للملك على نفسه وعلى غيره والحرية عبارة عن الخلوص يقال طين حر أى خالص عما يشوبه وأرض حرة أى خالصة لا خراج لها

البعض كاعتاق الكل اما افسادا فى الملك أو تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق ومن محاسنه انه احياء حكمى يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه أهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية وتفسيره فى اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوى وطار عن وكره وفى الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للشهادة والولاية والقضاء وأسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربى فى دارنا عبدا مسلما قد دخل به فى دار الحرب فانه يعتق فى قول أبي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك وشرطه كون المعتق حرا بالغا مالكا ملك اليمين وركنه ماثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف الى مابعد الموت وكل منها اما ببدل أو بغيره وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها

(١) قوله خشاش كذا فى بعض النسخ وأيده فى النهاية قال والخشاش بالكسر الحشرات وقد يفتح وفى الحديث ان امرأة الخ وسرده الى أن قال ويروى بالحاء المهملة وهو يابس النبات وهو وهم كتبه مصححه

بتاويل الاول الى الكل و يلزم حتى لا يقبل الفسخ الا أنه قدم الطلاق وان كان غير مندوب اليه على العتق المندوب اليه وصلاله بمقابله وهو النكاح ولانه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلا به أو هو من بيان أحكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق و بيان متعلق الحكم يبين نفس الحكم المتعلق لانه فى بيان أنه يملكه على أى وجه من الحل والحرمة والندب والسريان وغير ذلك ولا يخفى مافى الاعتاق من المحاسن فان الرق أثر الكفر فالعتق ازالة أثر الكفر وهو احياء حكمى لاثر حكمى لموت حكمى فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كانه لم يكن له روح قال تعالى أو من كان ميتا فاحييناه أى كافرا فهديناه ثم أثر ذلك الكفر الرق الذى هو سلب أهليته لما تاهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من انكاح البنات والتصرف فى المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع أيضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز وفى هذا كله من الضرر مالا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات فى كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التى هى الهلاك الاكبر فو بل احياؤه معنى باحيائه معنى أعظم احياء كما وردت به الاخبار عن سيد الاخيار منها الحديث الذى ذكره المصنف رواه الستة فى كتبهم عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفى لفظ من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج أخرجه الترمذى فى الايمان والنذور ورواه ابن ماجه فى الاحكام والباقون فى العتق وأخرج أبو داود وابن ماجه عن كعب بن مرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وايما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار وزاد أبو داود وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزى مكان عظمين منهما عظما من عظامه وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لانه ظهر ان عتقه بعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ومنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوى على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك أحد فى عصر من الاعصار وقيل للقديم عتيق لقوة سبقه والخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها القوة تاثيرها و باعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال

على ألية عتقت قديما * وليس لها وان طلبت مرام

يعنى قدمت وانها الا ترام بحل وبعده

بان الغدر قد علمت معد * على وجارتى منى حرام

المعنى انه حلف من قديم انه لا يغدر ولا يزنى بجارته وكذا تقول عتقت اذا سبقت وذلك لفضل القوة والعتق أيضا يقال للجمال ومنه سمى الصديق عتيقا لجماله وقيل لقدمه فى الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة فى الحسب وهو معنى ماذكر أنه يقال للكريم يعنى الحسيب وقيل قالت أمه لما وضعته هذا عتيقك من الموت وكان لا يعيش لها ولد وكل هذه المفهومات ترجع الى زيادة قوة فى معانيها وقيل هو اسمه العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو تفاؤلا له بالحسب المنيف أو بعدم الموت واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات القوة كما قاله فى المبسوط والعتق فى الشرع خلوص حكمى يظهر فى الآدمى عما قدمناه ثابتا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على مالم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال انه القوة الشرعية و يمكن أن يكون هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوى وعن هذا قال فى الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة

ولا عشر و فى الشرع عبارة عن خلوص حكمى يظهر فى الآدمى بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكمى اما بازالة الملك أو بازالة الرق يسمى اعتاقا وتحريرا قال الاعتاق تصرف مندوب وان لم يكن عبادة حتى صح من الكافر دل على كونه مندوبا بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب قال الله تعالى فك

شرط

شرط الحرية لان العتق لا يصح الا فى الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبى ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولى عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبى فالقول قوله وكذا اذا قال العتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية

المفسر هو بها لغة أعم من كونها فى البدن أو ما يرجع الى معنى آخر ولذا أطلقوه فى المواضع التى عددناها باعتبار قوة ترجع الى معان مختلفة الا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح فى المغرب حيث قال لعتق الخروج عن المملوكية فالاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية وهو والتحرير اثبات الحرية وهى الخلوص يقال طين حر للخالص عما يشوبه ومنه يقال أرض حرة لا خراج عليها والكل يرجع الى معنى القوة والرق فى اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق فى الاستعمال الفقهى تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد أنت طالق مع عتق مولاك اياك وسببه الباعث فى الواجب تفريغ ذمته وفى غيره قصد التقرب الى الله تعالى وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك فى القريب وقد يكون الاقرار بحرية عبد انسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول فى دار الحرب فان الحربى لو اشترى عبدا مسلما فدخل به الى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبى حنيفة وكذا زوال يده عنه بان هرب من مولاه الحربى الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره وهو نفسه ركن الاعتاق اللفظى الانشائى وشرطه أن يكون المعتق حرا بالغا عاقلا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته فى الاختيارى انه مندوب اليه غالبا ولا يلزم فى تحققه شرعا وقوعه عبادة فانه يوجد بلا اختيار ومن الكافر بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لو أعتقه يذهب الى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لزيد والقربة ما يكون خالصا لله عز وجل فتحصل ان العتق يوصف بالاحكام من الوجوب والندب والاباحة والتحريم هذا وفى عتق العبد الذمى مالم يخف ماذكرنا أجر لتمكينه من النظر فى الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه وأما ما عن مالك انه اذا كان أغلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم أفضلها أغلاها بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلى من المسلمين لانه تمكين المسلم من مقاصده وتفريغه وأما ما يقال فى عتق الكافر ماذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان الظاهر رسوخ الاعتقادات والفها فلا يرجع عنها ولذا نشاهد الاحرار بالاصالة منهم لا يزدادون الا ارتباطا بعقائدهم فضلا عمن عرضت حريته نعم الوجه الظاهر فى استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين وأما تفريغه للتامل فيسلم فهو احتمال والله أعلم (قوله ولا ملك للمملوك) عن هذا قلنا ان مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعى والشعبى ومالك لما عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه أحمد وكان عمر اذا أعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل وللجمهور ما عن ابن مسعود انه قال لعبده يا عمير انى أريد أن أعتقك عتقا هنيا فاخبرنى بمالك فانى سمعت رسول الله صلى الله عليه

رقبة وهو أن يعين فى ثمنها الى أن قال الله تعالى أولئك أصحاب الميمنة اذا كانت الاعانة بهذه المثابة فكيف الاعتاق والسنة ماذكر فى الكتاب والاجماع ظاهر والمعقول فانه تمكين المكلف من أداء العبادات أجمع والتامل فى آيات الآفاق والانفس كما فى قوله تعالى سنريهم آياتنا فى الآفاق وفى انفسهم (قوله لان الصبى ليس من أهله) أى ليس من أهل انشاء العتق وهو أهل العتق بسبب الملك وذكر فى الفصل الذى يليه والصبى جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة (قوله ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبى فالقول قوله) يستدل بهذه المسئلة على ان الصبا حالة منافية للاعتاق فانه لما أسند الاعتاق الى تلك الحالة صح لاسناده الى حالة منافية للاعتاق فكان القول قوله

(قوله شرط الحرية لان العتق) يعنى الاعتاق لانه قال والبلوغ لان الصبى ليس من أهله والصبى من أهل العتق ألا ترى أنه لو ورث أخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبى ليس من أهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك أيضا قوله لان المجنون ليس باهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله (ولهذا) أى ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ أعتقت وأنا صبى فالقول قوله لانه لما أسند الى حالة منافية الاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس باهل لقول ملزم يعنى لان الصبا يوجب الحجر عن الاقوال فان قيل لا نسلم ذلك بل هو أهل له ألا ترى ان صبيا لو أقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا تسمع دعواه أجيب بان الملزم ثمة هو يد صاحب اليد واقراره مؤكد

(كتاب العتاق) قال المصنف (شرط الحرية لان العتق لا يصح الا فى ملكه) أقول لك أن تقول بعد قوله فى ملكه لا يحتاج الى شرط الحرية والجواب ان اشتراط الحرية مقصود بالافادة ولذلك لم يكتف بمعلوميته ضمنا

وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل القول ملزم ولا بد ان يكون العبد فى ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (واذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو) لان هذه الالفاظ صريحة فيه لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان فى الاخبار فقد جعل انشاء فى التصرفات الشرعية للحاجة كما فى الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عنيت به

وسلم يقول أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده رواه الاثرم (قوله وكذا اذا قال الصبي الخ) وكذا اذا قال المجنون اذا أفقت فهو حر لا ينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الاهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) روى أبو داود والترمذى فى الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذى حديث حسن صحيح وهو أحسن شئ روى فى هذا الباب وقوله حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة (قوله لان هذه الالفاظ صريح فيه) أى الالفاظ التى تستعمل لانشاء الاعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق باى صيغة كان فعلا أو وصفا أو مصدرا فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الاصح وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرر عتيق معتق ولو فى النداء كيا حر يا عتيق فانه هكذا حر والمولى كقوله هذا مولاى أو يا مولاى يعتق وان لم ينو والمصدر العتاق عليك وعتقك على ولو زاد قوله واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر ولو قال أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية ذكره فى جوامع الفقه فعلى هذا لا بد من اصلاح ضابط الصريح ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لا ان نوى غيره الا فى القضاء أما فيما بينه و بين الله تعالى فلا يقع اذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق فى القضاء وفيما بينه و بين الله تعالى هو على ما نوى و ينبغى أن يكون هذا اذا لم يكن هازلا فان كان هازلا فانه يقع فيما بينه و بين الله تعالى وان نوى غيره وهو الكذب هزلا هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافى من قوله ذكر محمد بن الحسن عن أبى يوسف عن اسمعيل بن مسلم المكى عن الحسن عن أبى الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الآية ولا تتخذوا آيات الله هزوا فى ذلك فانه يقتضى وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر يعنى محمدا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه و زاد الشافعية فى الصريح فك الرقبة ودفع بانه خلاف الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لذلك القائل أليسا سواء فك الرقبة أن تعين فى عتقها وقوله تصح حرا اضافة للعتق وتقوم حرا وتقعد يعتق فى الحال ولو قال أنت حر النفس عتق فى القضاء وان قال فى أفعالك وأخلاقك لا يعتق هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة وقال أما أنا أرى أن يعتق اذا أراد به الحرية وعن أبى يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد رحمه الله وبادنى تامل يظهر ان لا فرق بين هاتين العبارتين فى المعنى فاذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل وعن أحمد انه صريح واستبعد (قوله لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا) على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك أمارة الوضع فوافق قول الايضاح وغيره حيث قالوا الصريح ما وضع له والوضع يغنى عن النية (قوله فاغنى عن النية) يعنى انه لا يشترط النية لثبوت العتق أما نية عدمه بان ينوى به شيأ آخر فيعتبر فيما بينه و بين الله تعالى لا فى القضاء على ما سيذكر (قوله والوضع) أى وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجئ فيه الخلاف فى وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع نسبة الفعل الذى عين انواضع

لانه منكر للاعتاق والقول قول المنكر (قوله لانه ليس باهل القول ملزم) لا يقال انه أهل لقول ملزم فانه لو كان صبي فى يد رجل فاقر بالرق صح اقراره حتى لو ادعى بعده حرية الاصل لا يقبل دعواه لانه ظهر رقه حيث أقر برقه و يد صاحب اليد دليل الملك فلم تنقض يده الثابتة ظاهرا بلا حجة (قوله حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ)

وقوله (واذا قال لعبده أو أمته أنت حر) قال فى المبسوط الالفاظ التى يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية التى يحصل بها العتق صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء اما صيغة الخبر فان يقول قد أعتقتك أو حررتك وأما صيغة الوصف فان يقول أنت حر أو أنت عتيق وأما المنادى فان يقول يا حر يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاى الخ

الاخبار

الاخبار الباطل أو انه حر من العمل صدق ديانة (ولا يدين قضاء) لانه خلاف الظاهر (ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق) لانه نداء بما هو صريح فى العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور وهذا هو حقيقته فيقتضى تحقق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له فيما أخبر وسنقرره من بعد ان شاء

صيغته للدلالة على مضى حدثه الى شئ ليفيد الاخبار بانه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لاثبات أمر لم يكن وضع آخر له والحاصل أن الحاجة قائمة الى اثبات هذه المعانى عند النطق ولا بد من دفعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة فى ذلك هذه الالفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لان أهل اللغة أيضا يثبتون هذا المعنى أعنى تحرير العبيد والاماء ببعض هذه الالفاظ فقوله فقد جعل انشاء فى التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور ولا شك انه الشارع و يفيده قوله كما فى البيع أيضا وحينئذ فيجب أن يكون المراد بجعل الشارع تقريره وكذا فى الطلاق والعتاق وقد قدمنا فى باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا للاخبار قبيله وكلام الكافى فى العتق أيضا مثله وهو يقتضى انه على خبريته لم يجعل انشاء أصلا وعلى هذا قرره المصنف فى الطلاق ولفظه فى البيع يخالف ذلك وانما لا تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان المراد مشتبها والحق ان المعنى متبادر فى خصوص المادة وهو ما اذا كان الخطاب لعبد أو بالاشارة كقوله هذا حر فانه يعتق به أيضا والوضع يعهد باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعا جديدا فليكن ثبوت العتق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيحا لاخباره كما مشى عليه فى الكافى هنا وهو وغيره فى الطلاق ثم هذا التقرير انما يجرى فى غير النداء أما فى النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعا بل اقتضاء على ما سيذكره المصنف هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك نفسك أو بعتك نفسك منك فانه يعتق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة ملكه الا أنه اذا أوجبه لآخر يتوقف على قبوله واذا أوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد بالرد أما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول (قوله ولا يدين لانه خلاف الظاهر) بخلاف ما لو قال عنيت انه كان حرا فى وقت فانه ينظر ان كان العبد من السبي دين وان كان مولدا لا يدين كذا فى الغاية *(فروع)* فى البدائع دعا عبده سالما فاجابه آخر فقال أنت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتقا فى القضاء وفيما بينه و بين الله تعالى انما يعتق الذى عناه ولو قال يا سالم أنت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم لانه لا مخاطب هنا الا سالم وفيه قال لعبد أنت حر أو لزوجته أنت ط ا ل ق ان نوى العتق والطلاق وقع لانه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب الا أنها ليست صريحة لانها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتقف على النية ولو قال أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لانه اذا صار حرا فى شئ صار حرا فى كل الاشياء (قوله وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور) هذا هو حقيقته تكلم فى النداء فى مواضع أولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضى تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد أى فى مسئلة يا ابنى ثانيها فيما اذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد أو آزاد وناداه يا حر انه يعتق فقال لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف المذكور وهذان معا يفيدان أن عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت الوصف الذى هو الحرية فيه فيثبت تصديقا له ولا يخفى انه لا اخبار فى النداء الا ضمنا فان قوله يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فتثبت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه وهذا يفيدان ثبوتها اقتضاء تصحيحا لاخباره الضمنى وهو لا يقتضى نقل الاخبار الى الانشاء وأما كلامه فى الموضع الثالث وهو قوله يا ابنى يا أخى حيث لا يعتق فزاد فيه فى ثبوت الاعتاق قيدا آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذى عبر به عن المنادى يمكن اثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل لمجرد اعلامه باستحضاره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء لانه لو خلق من ماء غيره كان ابنا له قبل النداء لا به (فرع) فى جوامع الفقه قال لعبد غيره يا حر اسقنى ثم اشتراه يعتق قيل هذا نقض للقاعدة أجيب بانه يمكن اثباته حال النداء بان

بل يتوقف على اجازة المالك (قوله وسنقرره ان شاء الله تعالى) أى فى مسئلة يا ابنى وقال فيها على ما بيناه أراد

وقوله (وسنقرره من بعد) أراد به قوله فى مسئلة يا ابنى على ما سيجئ وقوله (الا اذا سماه حرا استثناء من قوله ولو قال له يا حر (قوله وكذا عكسه) يعنى بان ناداه بقوله يا حر وكان لقبه آزاد وقوله (فيعتبر اخبارا عن الوصف) قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حر علما له كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف وأجيب بانه اذا لم يكن علما كان المنادى فى الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف فى الحقيقة خبر عن الموصوف وكان النداء اخبارا بان المنادى موصوف بهذه الصفة

وقوله (وسياتيك الاختلاف فيه) يريد الاختلاف فى تجزى الاعتاق عن ماذكره وقوله وقدبيناه يعنى فى الطلاق وقوله (وكذا قوله لامته قد أطلقتك) يعنى ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الارسال تخلية السبيل بخلاف قوله طلقتك فانه لا يعتق لانه صار صريحا فى الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما ياتى بيانه وقوله لان السلطان عبارة عن اليد يقال لفلان سلطنة و يراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفى اليد وكانه قال لا يدلى عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان تزول اليد و يبقى الملك كما فى المكاتب بخلاف قوله لاسبيل لى عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بان قال لا ملك لى عليك ونوى العتق عتق فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك أو لازما له فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان كان الثانى فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وارادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما فى المكاتب على ماذكرنا ولا بلازم له لانفكاك زوال الملك عنه فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى أن يسلم

الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه ياحر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو مالقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف (وكذا لو قال رأسك حر أو وجهك أو رقبتك أو بدنك او قال لامته فرجك حر) لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر فى الطلاق وان أضافه الى جزء شائع يقع فى ذلك الجزء وسياتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان أضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والكلام فيه كالكلام فى الطلاق وقد بيناه (ولو قال لا ملك لى عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق) لانه يحتمل انه أراد لا ملك لى عليك لانى بعتك و يحتمل لانى أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا الا بالنية قال (وكذا كنايات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكى ولا سبيل لى عليك ولا رق لى عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفى السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد أطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن أبى يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على مانبين من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال لا سلطان لى عليك ونوى العتق لم يعتق)

أعتق عبد غيره فاجاز المولى فانه يعتق (قوله لان مراده الاعلام) أى اعلام العبد باسم علمه ليحضره بندائه وهذا ظاهر اذا كان علميته له معلومة فيكون قصد غيره استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق الا أن يريده فيعتق حينئذ (قوله أو قال لامته فرجك حر) خص الامة لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فرجك على حرام ينوى العتق لا تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفى لسانك حر يعتق لانه يقال هو لسان القوم وفى الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفى الدبر والاست الاصح انه لا يعتق لانه لا يعبر به عن البدن وفى العنق روايتان والاولى ثبوت العتق فى ذكرك حر لانه يقال فى العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكرهم (قوله وسياتيك الاختلاف فيه) عند أبى حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهى مسئلة تجزى الاعتاق الآتية (قوله ولو قال لا ملك لى عليك) شروع فى الكنايات والحاصل ان ماليس بصريح من

به هذا الموضع (قوله بخلاف قوله طلقتك) أى فى قوله أطلقتك يثبت العتق ولا يثبت فى قوله طلقتك وان كانا سواء فى اللغة لان قوله طلقتك صار صريحا فى الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما ياتى بيانه وأما

(قوله وتفسيره فى اللغة الخ) أقول أى تفسير العتاق بمعنى العتق ففيه استخدام اذا كان المراد من لفظه معنى الاعتاق كما لا يخفى (قوله ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحربى الخ) أقول لم تزل يد الحربى عنه فى هذه الصورة بل عتقه لامر آخر كما سيجىء فى كتاب السير وزوال يد عنه فيما اذا هرب بمن دراهم أو ظهر عليها كما يجىء أيضا (قوله وشرطه كون المعتق حرا) أقول فيه استخدام أيضا (قوله ألا ترى أن صبيا لو أقر بالرق لزمه) أقول لعل المراد الصبى الذى كان فى يد صاحب اليد قبل أن يعبر عن نفسه والا فالصبى المعبر عن نفسه فى يد نفسه كما ستقف عليه فى كتاب الشهادات (قوله فالجواب أنه ليس بملزوم الى قوله فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى أن يسلم) أقول قال المحشى الشهير لان يعقوب باشا فيه كلام فانه لم لا يجوز أن تعتبر العلاقة بين زوال اليد والاعتاق فان زوال اليد لازم للاعتاق فان قلت الاعتاق ازالة الملك عند أبى حنيفة قلت نعم لكنه ازالة مخصوصة ولو سلم فلا يتضح الكلام على قولهما وليس فى المسئلة خلاف مسموع بل الصواب فى الجواب أن يقال ان اللفظ المستعمل فى حق العبد انما يحمل على العتق مجازا اذا كان أصل معناه منافيا للعبدية سواء كانت المنافاة بسبب العتق أو بسبب آخر فلا حتمال العتق يحمل عليه مع النية كما فى لا سبيل لى عليك وأما اذا لم يكن منافيا كما فى لا يد لى عليك فلا لعدم الضرورة فتامل اهـ وفيه بحث فان الحصر المستفاد من قوله انما يحمل على العتق الخ ممنوع لا بد له من دليل وكيف لا يمنع والعتق من محتملات كلامه وفيه تشديد عليه ثم بقى فى جواب الشارح بحث من وجه آخر بان يقال وكذا زوال السبيل ليس بلازم لزوال الملك فان الملك يزول بالبيع قبل تسليم المبيع والثمن وللبائع سبيل من حبس المبيع الى أن يسلم الثمن وجوابه أن السبيل المضاف لازم للملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتامل

لان السلطان عبارة عن اليد وسمى السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما فى المكاتب بخلاف قوله لاسبيل لى عليك لان نفيه مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق

الالفاظ منها ما يقع العتق به اذا نواه ومنها ما لا يقع به شئ وان نواه فالاول نحو لا ملك لى عليك لا سبيل لى عليك خرجت من ملكى لا رق لى عليك خليت سبيلك ولا حق لى عليك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقوله لامته اطلقتك أو أنت حر أو قال لعبده أنت حرة عتق فى الجميع ان نوى ولو قال أنت لله أو جعلتك لله خالصا روى عن أبى حنيفة انه لا يعتق وان نوى لان الاشياء كلها لله بحكم التخليق وعنهما أنه يعتق لان الخلوص لا يتحقق الا بالعتق والثانى نحو أن يقول لعبده بنت منى ولامته بنت عنى أو حرمت على أو أنت برية أو بائن أو بتة أو اخرجى أو اغربى أو استترى أو تقنعى أو اذهبى أو اختارى فاختارت نفسها لانه يثبت العتق بها وان نواه وكذا طلقتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سنذكر وكذا اذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى وفى المغنى اذهب حيث شئت كناية ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لان التشبيه للمشاركة فى بعض المعانى وقد تحقق ذلك وقال بعض المشايخ يعتق اذا نوى كقوله لامرأته أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا ان نوى الايلاء (قوله لان السلطان عبارة عن اليد) قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد لكن كلام المصنف يفيد انه التحقيق لا التساهل والتجوز فانه قال وسمى السلطان به لقيام يده فانه يقتضى أن المعنى الحقيقى الاصلى للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لاتصافه باليد كما تسمى رجلا بالفضل لاتصافه به ثم قيل هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس كل سلطان فى القرآن هو الحجة واليد فاذا قال لا سلطان لى عليك فانما نفى الحجة واليد ونفى كل منهما لا يستدعى نفى الملك كالمكاتب بخلاف نفى السبيل لانه نفى الطريق والطريق المسلوك لا يراد حقيقة هنا فجعل كناية عن الملك لان الطريق ما يتوصل به الى غيره والملك فى العبد يتوصل به شرعا الى انفاذ التصرفات فاذا صح جعله كناية عنه عتق اذا أراده بخلاف السلطان فانه اليد فنفيه نفى اليد وهو غير مستلزم نفى الملك كما فى المكاتب فلو جعل كناية عن العتق وفيه ازالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وأنه لا يجوز وكذا لا حجة لى عليك واعلم أن بعض المشايخ مال انه يعتق بالنية فى لا سلطان لى عليك وبه قال الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ انه ليس ببعيد وعن الكرخى رحمه الله فنى عمرى ولم يتضح لى الفرق بين نفى السلطان والسبيل ومثل هذا الامام لا يقع له مثل هذا الا والمحل مشكل وهو به جدير أما أولا فان اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل القدرة فاذا قيل له سلطان أى يد يعنى الاستيلاء وقد صرح فى الكافى بان السلطان يراد به الاستيلاء واذا كان كذلك كان نفيه نفى الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصح أن يراد منه ما يراد بنفى السبيل بل أولى باذنى تأمل وأما ثانيا فالمانع الذى عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع اذ غاية الامر أن يكون المعنى المجازى أوسع من الحقيقى ولا بدع فى ذلك بل هو ثابت فى المجازات العامة فان المعنى الحقيقى فيها يصير فردا من المعنى المجازى كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازى

قوله أطلقتك فلم يستعمل فيه ثم بينه و بين قوله خليت سبيلك مناسبة يقال أطلقه عن الشئ اذا خلى سبيله فهو كقوله خليت سبيلك (قوله لان السلطان عبارة عن اليد) أى عن القدرة على الفعل ولا ينبئ عن الملك فى الذات كالسلطنة لا توجب للسلطان ملكا فى رقاب الناس انما توجب قدرة الفعل عليهم (قوله وقد يبقى الملك دون اليد) أى نفى الملك ليس من لوازم نفى اليد لانه يبقى الملك دون اليد كما فى المكاتب فلا يلزم من نفى اليد نفى الملك فى قوله لا سلطان لى عليك بخلاف قوله لا سبيل لى عليك لان نفى السبيل مطلقا بانتفاء الملك ولهذا بقى للمولى على المكاتب سبيل حيث يطالبه ببدل الكتابة فلهذا صار قوله لا سبيل لى عليك كناية عن العتق لانه من لوازم نفى السبيل وعن الكرخى رحمه الله تعالى انه قال فنى عمرى وما اتضح لى وجه الفرق بين نفى السبيل والسلطان والفرق على ما قيل من وجهين أحدهما ان السلطان عبارة عن الحجة عن اليد ونفى كل واحد

وقوله (لان للمولى على المكاتب سبيلا) يعنى من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق قال

قال المصنف (لان للمولى على المكاتب سبيلا الخ) أقول مناقض لقوله لانه يحتمل نفى السبيل بالبيع والكتابة

(ولو قال هذا ابنى وثبت على ذلك عتق) ومعنى المسئلة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر و يعتق اعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاى أو يا مولاى عتق) أما الاول فلأن اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن

أعنى العتق أو زوال الملك فالذى يقتضيه النظر كون نفى السلطان من الكنايات (قوله وثبت على ذلك) قيل هذا قيد اتفاقى لا معتبر ولذا لم يذكر فى المبسوط وذكر فى الينابيع الثبات ليس بلازم وفى النهاية رأيت بخط شيخى وفى شرح القدورى لابى الفضل أراد بقوله وثبت على ذلك انه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفى أصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق ويوافقه ما فى المحيط وجامع شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لاجنبية تولد مثلها لمثله هذه بنتى ثم تزوجها بعد ذلك جاز أصر على ذلك أم لا قالوا هذا فى معروفة النسب أما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز والا جاز قال فى المجتبى عرف بهذا ان الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب لا العتق لان ثبوت النسب يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوج بمن أقر ببنتيتها وفى مختصر الكرخى اذا أقر فى مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصدقه المقر له ثم أنكره المريض وقال ليس بينى و بينه قرابة ثم أوصى بماله لرجل ولا وارث له فان المال كله للموصى له ولا شئ للمقر له لان المريض جحد ما أقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هذا ابنى هل تصير أمه أم ولد له اذا كانت فى ملكه قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب وقيل تصير أم ولد فى الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير أم ولد له وان كان مجهوله حتى ثبت نسبه منه صارت أم ولد له وهذا أعدل (قوله اذا كان يولد مثله لمثله) يعنى اذا كان مثله فى السن يجوز شرعا أن يكون ابنا لمثل المدعى فى السن هذا هو المراد وحاصله اذا كان سنه يحتمل كونه ابنه لا المشاكلة حتى لو كان المدعى أبيض ناصعا والمقول له أسود حالكا أو بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب (قوله وان كان ينتظم الناصر) قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر فى قوله تعالى حكاية عن زكريا وانى خفت الموالى من ورائى

منهما لا يستدعى نفى الملك كالمكاتب يثبت الملك للمولى فيه دون اليد فاما نفى السبيل من كل وجه يستدعى العتق فان للمولى على مكاتبه سبيلا من المطالبة ببدل الكتابة حتى لو انتفى ذلك بالبراءة يعتق أيضا والثانى ان العتق فى نفى السبيل محتمل وفى نفى السلطان محتمل المحتمل فيثبت الاول دون الثانى بيانه ان نفى السلطان يحتمل نفى الحجة و يحتمل نفى اليد ثم نفى اليد يحتمل نفى الملك و يحتمل غيره فاما نفى السبيل يحتمل انتفاؤه بالعتق و بغيره يعنى لا سبيل لى عليك فى اللوم والعقوبة (قوله وثبت على ذلك) معناه لم يقل أخطأت أو غلطت قيل ان شرط الثبات لثبوت النسب لا لثبوت العتق اذ الرجوع عن العتق لا يصح وعن النسب يصح نص عليه فخر الاسلام رحمه الله (قوله ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه) وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله ولا فرق بين أن يكون جليبا أو مولدا لان صحة دعوة المولى باعتبار الملك وحاجة المملوك الى النسب قلت قوله جليبا انما يصح اذا كان جليبا غير ثابت النسب فى مسقط رأسه أما اذا كان ثابت النسب فى مولده لا يثبت نسبه من المولى (قوله و يعتق اعمالا للفظ فى مجازه) ذكر فخر الاسلام البزدوى رحمه الله فى أصول الفقه انه يثبت النسب فى حق المقر و يعتق بحقيقته دون مجازه لان ذلك ممكن والنسب قد يثبت من زيد و يشتهر من عمرو فيكون المقر مصدقا فى حق نفسه (قوله ينتظم الناصر) قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وقال الله تعالى أنت مولانا وكذا ابن العم قال الله تعالى وانى خفت

(ولو قال هذا ابنى) ومن قال لعبده الذى يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابنى (وثبت على ذلك) ثبت النسب فيعتق عليه ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع به الكرامة والشفقة كذا فى شرح القدورى لابى الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاقى وقوله (لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب) لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه (واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ فى مجازه عند تعذر الحقيقة) وسيجىء بيان تجوز المجاز (ولو قال هذا مولاى) ظاهر وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقتصر عليه وهو يستعمل فى ثلاثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير أما مجيئه بمعنى الناصر فكما فى قوله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم وأما بمعنى ابن العم فكما فى قوله تعالى وانى خفت الموالى من ورائى

العم والموالاة فى الدين والأعلى والأسفل فى العتاقة الا أنه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثانى والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقة والاضافة الى العبد تنافى كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتى لما بينا ولو قال عنيت به المولى فى الدين أو الكذب يصدق فيما بينه و بين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لمخالفته الظاهر وأما الثانى فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح و بالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق فى الثانى لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدى يا مالكى قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به بخلاف ما ذكره لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان

(قوله فتعين الاسفل فالتحق بالصريح) أورد عليه شارح انه مشترك استعمل فى معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقولهم المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم على انا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم ينادى أنا عنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على أن المراد الاسفل ولا تعتبر ارادة الناصر ونحوه وهذا فى غاية المكابرة اه والجواب أن قوله استعمل فى معان فلا يكون مكشوف المراد ان أراد دائما فممنوع لجواز أن ينكشف المراد من المشترك فى بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفى غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه ومنعه ان المولى لا يستنصر بعبده لا يلائم ما أسنده به من قوله تحصل النصرة بهم لان المراد أنه اذا حزبه أمر لا يستدعى للنصر عبده بل بنى عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فاين دعاؤه اياهم لذلك من كونهم ينصرونه وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية قطعا فلما نقول هذا الصريح وهو قوله أردت الناصر بلفظ المولى انما قاله بعد قوله عما هو ملحق بالصريح فى ارادته العتق فاثبت حكمه ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضى والكلام فيه ونحن نقول فيما بينه و بين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فاين المكابرة واعلم ان فى المسئلة خلافا فذهب بعض المشايخ انه لا يعتق فى هذا مولاى الا بالنية وانه بين الصريح والكناية (قوله وقال زفر لا يعتق فى الثانى) وهو يا مولاى الا بالنية و بقوله قال الشافعى ومالك وأحمد لانه يراد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدى يا مالكى أفاد انهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وهكذا فى يا سيد وقد قيل انه يعتق بهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق فى يا سيدى لا فى يا سيد والمختار انه لا يعتق فيهما الا بالنية (قوله بخلاف ما ذكر) وهو يا سيدى يا مالكى لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فى الحال ولا بعد العتق لانه لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه ان حقيقته متعذرة لفرض ان المتكلم حر غير عبد فتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازى الذى هو العتق لجواز أن يريد مجازيا آخر هو الاكرام فلا يتعين لاحدهما الا بالنية فقلنا اذا نوى بيا سيدى العتق عتق أما اذا لم تكن له نية تصير الى الاخف الذى هو الاكرام لان زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال بلا نية بخلاف

الموالى من ورائى (قوله والثالث نوع مجاز) وهو الموالاة فى الدين وذلك لان المولى من الولى وهو القرب ولا قرب بين المشرقى والمغربى حقيقة و بينهما موالاة فى الدين فيكون بطريق المجاز (قوله وأما الثانى) وهو قوله يا مولاى عطف على قوله وأما الاول (قوله وقال زفر رحمه الله لا يعتق فى الثانى) أى بدون النية لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدى يا مالكى قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به لان قوله مولاى حقيقة فى المعتق لان له ولاء عليه وقد تعين مرادا لما ذكر ان اسم المولى ينتظم الناصر وابن العم والموالاة فى الدين والاعلى والاسفل فى العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له فصار قوله يا مولاى وقوله يا حر يا عتيق بخلاف قوله يا سيدى يا مالكى لانه ليس فيه ما يختص بالعتق لان فى قوله يا مولاى تثبت صفة فى العبد من جانب المنادى وهو اثبات ولاء له عليه وذلك لا يكون الا سابقة العتق وهو ولاء العتاقة فيثبت العتق لانه مما يمكن اثباته فى الحال من جانب المنادى أما قوله يا مالكى يا سيدى لا تثبت بهذين اللفظين صفة فى العبد من جهة المنادى

وقوله (والثالث نوع مجاز) يعنى الموالاة فى الدين لان المولى مشتق من الولى وهو القرب ولا قرب بين المشرقى والمغربى من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه كذا فى بعض الشروح ومصححه الفرض والتقدير وقوله (فالتحق بالصريح) يعنى بدلالة الحال فى المحل وهو كونه عبدا وقوله (وأما الثانى) يعنى به قوله يا مولاى وقوله (بخلاف ما ذكر) يعنى قوله يا سيدى يا مالكى لانه ليس فيه ما يختص بالعتق معناه ان معنى قوله يا مولاى يا من لى عليه ولاء العتاقة حيث تعين الاسفل مرادا فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضى سابقة العتق بخلاف قوله يا سيدى يا مالكى فان معناه يا من له السيادة والملك على ولم يثبت به شئ يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف

(قوله كذا فى بعض الشروح) أقول يعنى شرح تاج الشريعة

اكراما محضا (ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى الا أنه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناله بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما أخبر فانه ابن أبيه وكذا اذا قال يا بني أو يا بنية لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة والامر كما أخبر (وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي

يا مولاي لانه بحقيقته في الاسفل يثبت العتق بعد انتفاء الحقائق الاخر بالنافي (قوله ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى بطلوبية حضوره فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف وان لم يمكن تجرد للاعلام والبنوة لا يمكن اثباتها من جهة العتق الا تابعا لو تخلق من ماء غيره ولا تثبت لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله لو قال لعبده يا عمي يا خالي أو يا أبي يا جدي أو يا ابني أو لجاريته يا عمتي يا خالتي أو يا أختي أو لعبده يا أخي لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على وجه يدفع واعلم أنه اذا كان المقصود من النداء استحضار الذات الا أنه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبتا له مع النداء والا ولا شك ان الابنية لا يمكن اثباتها بذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره فقول المصنف لانه لو خلق من ماء غيره الى آخره لا فائدة فيه للقطع بانه اذا خلق من مائه لا تثبت الابنية الا بذلك التخليق من ذلك الماء لا باللفظ وهذا على أن ثبوته لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما يثبت لتصحيحه يجب كونه خبرا صريحا بخلاف ما تضمنه النداء بالوصف وعلى هذا فما قدمنا تقريره في يا حر مساهلة لعدم اختلاف الجواب فان الثابت الحرية فان قرر ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني أو اثباتا منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها الا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقق وصف الابنية غير أنه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق اذا كان معلوم النسب (قوله لهم ان هذا كلام محال) أي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو نفسه واذا عد لغوا لم يوجب حكما أصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار

لانه لو ثبت بها الحرية لا يكون العبد سيدا والمالك مولاه فحمل على الاكرام ولا يقال لم لا يحمل قوله يا مولاي على مولى الموالاة حتى لا يعتق واللفظ يحتمله كما يحمل ولاء العتاقة لانا نقول لم يجز عقد الموالاة بينهما وهو عقد لا يقوم باحد الطرفين بل يقوم بهما فلم يمكن حمله عليه وأما ولاء العتاقة فالمولى ينفرد باثباته لانه يثبت بالاعتاق والاعتاق مما ينفرد به المولى (قوله ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق) لان النداء لاعلام المنادى بالاستحضار فان قيل لم لا يحمل على المجاز وهو الحرية كما في قوله هذا ابني قلنا لو لم يحمل هناك قوله هذا ابني يلغو كلامه أصلا وأما قوله يا ابني لو لم يحمل على الحرية لا يلغو كلامه بل يحمل على معنى مقصود في النداء وهو استحضار المنادى مع ان النداء لا يراعى فيه المعنى ولا يلتفت اليه ولكن انما تثبت الحرية بقوله يا حر مع وجود هذا الاصل لما ان لفظ الحرية لما كان من صريح ألفاظ العتق قام اللفظ الصريح مقام معناه فصار كانه اثبت ذلك المعنى فيه أولا ثم استحضر بالنداء بخلاف لفظ الابن فانه ليس بصريح فيه (قوله وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا والشافعي رحمهم الله لا يعتق) لانه كلام محال فيرد كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق بخلاف معروف النسب ويولد مثله لمثله لان كلامه محتمل لجواز أن يكون مخلوقا من مائه بالوطء عن شبهة وقد اشتهر نسبه من الغير ألا ترى ان أم الغلام لو كانت في ملكه تصير أم ولد له ثمة ولا تصير أم ولد له ههنا ولابي حنيفة رحمه الله انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه

وقوله (ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق) فرق بينهما وبين قوله يا حر في وقوع العتق به دونهما لان النداء اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما هو في قوله يا حر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال على (ما بينا) يعني في قوله لانه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى الخ واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناله بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية (وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق فيهما) أي في قوله يا ابني يا أخي والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية يا حر يا عتيق يا مولاي وفي رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا أخي والاعتماد على الظاهر وقوله (ولو قال يا ابن) ظاهر قال (وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله) اذا قال لعبده وهو أكبر سنا منه (هذا ابني عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق) وهو قول أبي حنيفة أولا (وهو قول الشافعي) وأصل هذه

المسئلة ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند أبي حنيفة على ما عرف في الاصول وقد قررناه في التقرير فقالا الحكم ههنا محال فلا يتصور والمجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة لامكان أن يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق وقال أبو حنيفة تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال لحرة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدأ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكت لان البنوة اذا ثبتت في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كانه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا لكلامه بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لانه لا وجه للمجاز اذ ليس قوله أعتقتك قبل أن أخلق ملزوما لقوله أنت حر من حين ملكت لان الاول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي وروده البتة والشيء لا يكون ملزوما لما ينافيه والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله (وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين) جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة لان القطع خطا سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك علي خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله وتقرير جوابه أن القطع خطا ليس بسبب المال مطلق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو الارش (حتى وجب على العاقلة في سنتين) بلفظ التثنية كذا في النهاية وذلك المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو مسبب لا يمكن اثباته وما يمكن اثباته ليس بسبب وحاصله ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو أما الحقيقة فظاهرة وأما المجاز فلان قطع اليد خطا ملزوم للارش الذي هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك

رحمه الله لهم انه كلام محال الحقيقة فيرد فيلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولابي حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا أو صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطا سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما أمكن اثباته فالقطع ليس بسبب له

المجاز وهو ثبوت العتق كأنه لما الغا قوله أعتقتك قبل أن أخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على ان شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الاصل فان المجازي ليس محلا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون مثلا مبتدأ وخبرا ومن سعد بانتهاض وجهه في المبنى سعد بهذا الفرع ونحوه وبه يعرف ان استدلال المصنف كله في غير محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب للعتق وانه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الاصل أي الحقيقي فتحرير محل النزاع أن تقول اتفقوا على ان المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به والاصل أن لا يصار الى المجاز الا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بدليل آخر واختلفوا في جهة الخلفية فعندهما الخلفية بينهما في الحكم يعني ان الحكم الذي يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي يثبته نفس هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند أبي حنيفة في التكلم يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الاصل والاول أوجه وان كان معنى الآخر صحيحا لانهم لم يحكوا خلافا سوى في جهة الخلفية وعلى ما قيل يكون فيها وفي الاصل أيضا انه نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي أو اللفظ الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الاسلام في تحرير قول أبي حنيفة

وهذا بناء على ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما فيقتضي تصور الحكم ولا تصور لحكم الحقيقة هنا بخلاف معروف النسب فان النسب قد يثبت من زيد ويشتهر من عمرو فكان الاصل متصورا فيجوز اثبات المجاز خلفا عنه وعند أبي حنيفة رحمه الله المجاز خلف عن الحقيقة في حق التكلم لا في حق الحكم لانه تصرف من المتكلم واقامة كلام مقام كلام فتشترط صحته من حيث انه مبتدأ وخبر وقد وجد وتعذر العمل بحقيقته وله مجاز متعين فصار مستعارا لحكمه بلا نية كالنكاح بلفظ الهبة وان كانت الحرة لا تقبل حكم أصل الهبة وهو ملك الرقبة (قوله اجماعا أو صلة للقرابة) يعني البنوة في المملوك سبب

قال المصنف (لهم انه كلام محال فيرد فيلغو) أقول يرد عليه هذا أسد الا أن يقولوا فرق بين افادة الحكم الشرعي وغيره والكلام المحال لا يفيد الاول فليتامل قال المصنف (والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز) أقول نعم الا ان اعتباره مشكل هنا فانه في الاستعارة الا أن يجعل مثل زيد أسد مجازا وجوابه في التلويح

أما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه

يشترط صحة الاصل من حيث انه مبتدأ وخبر موضوع للايجاب بصيغته فاذا وجد وتعذر الحمل بحقيقته الى آخر ماذكره ولا شك ان صحة الاصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي انما هو في هذا ابني للاكبر منه أما في هذا حر فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي واستدل لهما مرة بانه لابد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلابد من امكانه والا استحال لان الموقوف على المحال محال ومرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس السماء وشرب ما في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الاولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب الكفارة خلف عن البر ولما أمكن البر في الاولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم تنعقد فرأينا الحلف يعتمد قيامه امكان الاصل وتارة بان الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ماهو المقصود أولى من غيره وأجيب عن الاول بان توقفه على فهم الموضوع له على انه غير مراد لينتقل عنه الى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم امكان تحققه في الخارج ونجيب عن الثاني ان تلك الخلفية بين حكمين شرعيين ومعنى خلفية حكم شرعي لآخر هو كونه انما يتعلق شرعا بتقدير تعذر امتثال الاول وهذا فرع تعلق الاول وتعلق الخطاب دائر مع الامكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتيمم للوضوء فلا يتصور شرعا خلف استحال أصله لانه لا تعلق اذ ذاك ولم تجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وحينئذ ظهر انه لا ملازمة بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم امكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا وظهر مما ذكرنا ان حكم اليمين الاصلي هو وجوب البر لا البر نفسه والجواب عن الثالث ان هذا تصرف باللفظ بان يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع ولم يعلم من جهة أهل اللسان انهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز وهو لا يحتاج شيأ سوى الى ادراك الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه ليس لنفسه بل لتستعلم العلاقة فانه مالم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة الى مجرد فهمه أيضا غير مقصود بالذات فاشتراط امكان وجود المعنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فانه يستلزم ان لا يجوز زيد أسد فانه وزان هذا ابني للاكبر منه فان معنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الانسان أسدا والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته وما

لحريته أما اجماعا على حسب الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله فيما هو العلة فان علة الحرية قرابة الولادة عنده وعندنا القرابة المحرمة للنكاح فقال اما اجماعا بأي علة كانت أو للعلة التي قلنا وهي صلة للقرابة المحرمة للنكاح وكيفما كان البنوة سبب الحرية واطلاق السبب على المسبب جائز مجازا بخلاف قوله أعتقتك قبل ان أخلق أو تخلق فانه أضاف العتق الى حالة تنافي تصور الاعتاق منه أصلا ورأسا فتعين الالغاء وبخلاف ما اذا أقر بقطع يد صحيح اليد لان قطع اليد خطأ سبب لوجوب مال مكيف في السنتين لا يمكن ايجابه بدون القطع وما أمكن ايجابه من مطلق المال لا يكون القطع سببا له فتعذر جعل الاقرار بقطع اليد مجازا عن الاقرار بمطلق المال على ان قطع اليد سبب لوجوب المال على العاقلة فلو جعل مجازا عن الاقرار بوجوب المال لكان هذا اقرارا بوجوب المال على العاقلة والاقرار على الغير باطل ولا يقال بانه لم لا يجعل اقرارا بما يخصه من الدية لان لازمة قطع اليد وجوب المال موزعا على العاقلة فبايجاب المال قصرا على واحد من العواقل لا يكون لازمة قطع اليد فلا يصح المجاز بخلاف الحرية فانها لا تختلف باختلاف أسبابها فما هو لازم البنوة أمكن ثبوته بالاقرار وما ثبت بالاقرار عين ما كان لازما بالبنوة فان قيل على ما قال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله كان ينبغي أن لا يصح قولهم هذا أسد للانسان الشجاع ولا خلاف لاحد في صحته قلنا هذا ليس من هذا الباب فان الغرض منه التشبيه والمراد هذا كاسد ولو كان مستعارا فبناه على التشبيه استعار الاسد للشجاع وادعى انه هذا الهيكل المخصوص مبالغة في التشبيه وانما يحصل الغرض هنا اذا لم يتصور حكم الحقيقة فلا يكون من هذا الباب في شيء وانه ظاهر (قوله أما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما)

وقوله (أما الحرية لا تختلف) معناه الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملك مجازا عنها لا تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها (فأمكن جعله) أي جعل قوله هذا ابني) مجاز عنه) أي عن الحرية على تاويل العتق أو المذكور

ولو

ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه

فرق به من ان هذا مستعار بجملته بخلاف هذا أسد لان المجاز في نسبته دون الالفاظ ممنوع واذا ثبت انتفاء هذا الشرط فاذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق يتجوز به فيه تعين نوى أو لم ينو اذ لا مزاحم كي لا يلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق على من حين ملكته استعمالا لاسم الملزوم في لازمه ثم ان كان هذا دخل في الوجود عتق ديانة وقضاء والا فقضاء ولا تصير أمه بذلك أم ولد له بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لانه لا طريق فيه الى المجاز فلغا ضرورة وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره الخ جواب عن مقيس آخر لهما وهو اذا كان قال لآخر قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين فانه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فأجاب بان لغوه ليس لتعذر الحقيقي بل لتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع ايجاب المال به مطلقا فلغا ضرورة بخلاف ما نحن فيه لان الحرية لا تختلف ذاتها الحاصلة عن لفظ حر أو لفظ ابني فأمكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو وقوله (ولو قال هذا أبي الخ) جواب عما قيل انه يلغو فقال بل هو على الخلاف أيضا فعند أبي حنيفة يعتق وأما لو قال لعبده الصغير هذا جدي فأجاب عنه أولا بأنه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق وأنه لا يعتق اتفاقا وهو ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب ولا وجود له في اللفظ (قوله ولو قال هذا أخي) أي لعبده (لا يعتق في ظاهر الرواية) وعن أبي حنيفة يعتق

فان قيل الحرية الثابتة في قوله هذا ابني وهو أكبر سنا منه غير الحرية الثابتة بحقيقة البنوة أيضا كما في ارش اليد على ما ذكر وذلك لان الحرية الثابتة بحقيقة البنوة موجبة للارث وحرمة المصاهرة وغيرهما من الاحكام والحرية الثابتة بقوله هذا ابني لا تثبت شيأ من ذلك فلما كانتا غيرين كانت مسئلتنا هذه عين مسئلة الارش قلنا الحرية لا تتفاوت ذاتا وهو زوال الرق ولا يتفاوت حكما أصليا وهو صلاحية القضاء والشهادة والولايات كلها وكانت الحريتان سواء وما ذكرته من الثمرات فلا يبالى به (قوله وقيل لا يعتق بالاجماع) والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان قوله هذا جدي لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب والاب غير مذكور في لفظه وهذا تصرف لفظي فتصح الاستعارة في المذكور في غير المذكور والمذكور لا موجب له بنفسه الا بواسطة غير مذكورة فلا تصح الاستعارة بخلاف قوله هذا ابني لان المذكور هو البنوة ومن موجبها الحرية في الملك بلا واسطة فتصح الاستعارة (قوله ولو قال هذا أخي) لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ووجه ظاهر الرواية ما ذكر في مسئلة الجد انه لا موجب لقوله هذا جدي الا بواسطة وتلك الواسطة غير مذكورة وكذلك قوله هذا أخي لا موجب له الا بواسطة الاب والام لانه عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وتلك الواسطة غير مذكورة ووجه ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله انه يعتق وهو رواية الحسن عنه ان للاخوة في ملكه موجبا وهو العتق كما في قوله هذا ابني وذكر في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا أخي فأما اذا ذكره مقيدا وقال هذا أخي لابي ولامي يعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد أخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة بدون البيان وفي مجموع النوازل لو قال لغلامه هذا عمي أو قال هذا خالي أو قال

(ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف) وهو الاظهر وقوله (لما بينا) يعني من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني (ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف) والوجه ما تقدم (وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك) من بنوة أو حرية (الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة) في كلامه (فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب) وهذا يشير الى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أبو أبي عتق وقد ذكره بعض الشارحين (بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يعتق ووجه الروايتين ما بينا) اما وجه

رواية العتق فما ذكره بقوله وهـذا لان البنوة فى المملوك سبب الحرية الخ فكذلك ههنا الاخوة فى الملك توجب العتق واما وجه رواية عدم العتق فلقوله فى مسـئلة الجد لان هذا الكلام لاموجب له فى الملك الا بواسطة وكذلك ههنا الاخوة لا تكون الا بواسطة الاب أو الام لانها عبارة عن مجاورة فى صلب أو رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال فى المبسوط

ولو قال لعبده هذا ابنتى فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه فى النكاح (وان قال لامته أنت طالق أو بائن أو تخمرى

وهى رواية الحسن وجه الروايتين ما بيناه فحوالة وجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب الحرية فى المملوك و يعرف منه وجه هذه وهو أن الاخوة سبب لعتق المملوك وحوالة الظاهر على قوله فى هذا جدى وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له فى الملك الى آخر ما ذكر ونظيره هنا ان هذا الكلام لا موجب له فى الملك الا بواسطة الاب أو الام ولا ذكر لما به يفيد الحكم فى التركيب فلا يفيد حكما ولان الاخوة تقال لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب الا بدليل حتى لو قال من أبى أو من أمى أو من النسب عتق اذا عرف هذا فلا شك فى صحة الاصل المذكور ولكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا فى معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين أو يتعين هذا لانه أيسر كما قررناه فى ياسيدى يا مالكى لما تعذر الحقيقى لم يعتق عليه فى القضاء الا بالنية فان أجيب بان اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهى المتعينة هنا ورد عليهم هذا أخى فانه لا يعتق به ودفعه بانه مشترك بين المشارك فى النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال من أبى ونحوه عتق و بان العتق بعلة الولاد ولا ذكر له فى اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة فى النسب مجاز فى الباقيات ولو دار بينهما كان المجاز أولى وأن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق فى هذا خالى وعمى بلا خلاف بين أصحابنا ذكره فى البدائع وفرق بينه وبين هذا أخى بانه يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم فانه لا يستعمل للاكرام عادة وهذا يقوى ما أوردناه فى هذا ابنى فلا يخلص الا بترجيح رواية العتق فى هـذا أخى وهى ما نقلها المصنف (قوله ولو قال لعبده هـذا ابنتى) وكذا اذا قال لامته هذا ابنى لا يعتق وان كان يولد مثله لمثله لان الاول مجاز عن عتق فى المذكر لانه لجهة البنتية حقيقة والثانى عنه فى الانثى فانتفى حقيقته لانتفاء محل ينزل فيه ولا يتجوز بلفظ الابن فى البنت وقلبه اتفاقا لعدم لازم مشهور وغيره ولئلا يلزم تعميم اللفظ فى معنيين مجازيين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع ان الاتفاق على منعه اللهم الا أن يعتبر المجاز عقليا فى نفس اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت والياء حقيقة فالتجوز فى نسبة المراد بالاشارة بالبنتية الى مسمى الياء عن نسبته اليه بالعتق فيتعين الاول وما ذكره المصنف بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار تعلق بالمشار وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى و بين هذا الاصل فى باب المهر وهو الذى أراده بقوله حققناه فى النكاح والمشار اليه هنا مع المسمى جنسان لان الذكر والانثى فى الانسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى أعنى

لامته هذه عمتى أو هذه خالتى يعتق ولو قال هذا أخى أو هذه أختى لا يعتق لان الاخ اسم مشترك بخلاف اسم العم والخال فان قيل البنوة أيضا تختلف بين رضاعة ونسب فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هـذا ابنى قلنا ان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة (قوله ولو قال لعبده هـذا ابنتى فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع) أى يعتق لان المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة للمسمى كما لو باع فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل والذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان فاذا لم يكن المشار اليـه من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ولا يمكن تصحيح الكلام ايجابا ولا اقرارا فى المعدوم (قوله

ان اختلاف الروايتين فى الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا أخى فاما اذا ذكره مقيدا وقال هذا أخى لابى أو لامى فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة فى الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد فى القبيلة قال الله تعالى والى عاد أخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة فى النسب والمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة أيضا تختلف بين نسب و رضاع فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابنى أجيب بان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة (ولو قال لعبده هذا ابنتى فقد قيل هو على الخلاف وقيل هو) أى عدم العتق (بالاجماع لان المشار اليـه ليس من جنس المسمى) لان الذكور والاناث من بنى آدم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم فى كتاب النكاح والمسمى ههنا معـدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما قوله (وان قال لامته أنت طالق أو بائن) ظاهر الى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا تثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فانى يشـبه الطلاق الذى هو اسقاط محض وتقرير الجواب الاعتاق أيضا اسقاط بدليل صحـة التعليق فيهما وأما الاحكام ونوى

(قوله أجيب بان البنوة الخ) أقول فيه ان الاخوة حقيقة فى المجاورة فى صلب أو رحم على ما صرحوا مجاز فى غيرها

فليست بواردة لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير ان الاعتاق ازالة المانع فاستوى الاعتاق والطلاق وقوله (ولهذا) أى ولكون العتق محتمل لفظه (يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه) لان مبنى المجاز على المناسبة والشئ لا يناسب شيأ الا والشئ الآخر يناسبه وانما قال على ما قاله مشايخهم لان المنصوص عن الشافعى لفظة الطلاق فحسب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية (ولنا أنه نوى ما لا يحتمله كلامه) لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات القوة مأخوذ من

و نوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعى رحمه الله تعتق اذا نوى وكذا على هـذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله له أنه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح فى حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين فى اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيـه بالشرط أما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطـلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد ألحق بالجمادات وبالاعتاق

مسمى بنت وهو معدوم هنا لان الثابت ذكر (قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح) كأنت مطلقة والطلاق والكناية كما لو قال لأمته أنت على حرام أو بائن أو بتلة أو بتة أو بنت منى أو خلية أو برية وحبلك على غاربك واخرجى وقومى واذهبى واغربى واختاروى فاختارت نفسها وتقنعى أو قال ذلك لعبده أو قال له طلقتك لا يعتق فى ذلك كله وان نوى بخلاف ما تقدم من قوله أطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعى يعتق فى ذلك كله اذا نوى وعن أحمد روايتان احـداهما كقولنا والاخرى كقوله (قوله لان بين الملكين) أى ملك الرقبة وملك النكاح (موافقة) (قوله اذ كل منهما الخ) حاصله انه اثبات للمشابهة بين الملكين أعنى ملك الرقبة وملك النكاح و بين التصرفين الواردين عليهما أما الاول فان النكاح فى حكم ملك العين شرعا لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأبيـد له كما فى البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى انه يبطل به اذ هو لازم لملك المنفـعة أعنى الاجارة و يستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الاجارة وأما الثانى فان كلا من التصرفين اسـقاط للملك ولهـذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيـه وأما الاحكام التى هى ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الاموال وهى معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فان هذه خصائص الآدمية فالآدمية مع التكليف هى السبب وانما امتنعت بمانع الرق و بالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضى كالزوجة فى حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا يسلب أهليتها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ولهـذا يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لان صحة الاولى للمناسبة وهى مشتركة لانها نسبة بين الطرفين فاذا ناسب الشئ غيره ناسبه الآخر (قوله ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه) أى ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية

وكذا ملك النكاح فى حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له ولو كان النكاح فى حكم ملك المنفعة لكان التأقيت من شرطه والتأبيد مبطلا له كما فى الاجارة (قوله وعمل اللفظين) أى قوله أنت حر وأنت طالق (قوله ولهذا يصح التعليق فيه) أى فى الاعتاق وانه مما يوضح كون عمله فى الاسقاط (قوله أما الاحكام تثبت بسبب سابق) جواب للشافعى رحمه الله عن قولنا ان الاعتاق اثبات القوة ولهـذا تثبت به أحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فلا يشبه الطلاق الذى هو اسقاط محض قال ان الاعتاق اسقاط أيضا بدليل صحة التعليق فيهما ولا يرد على ثبوت تلك الاحكام لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه مكلفا غير ان الرق كان مانعا وبالاعتاق زال المانع فصار كالطلاق (قوله ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه) كما لو قال اسقنى ونوى

قولهم عتق الطير اذا قوى وطار عن وكره وفى الشرع أيضا كذلك لان العبد ألحق بالجمادات و بالاعتاق يحيا فيقـدر والطلاق فى اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهـم أطلقت البعير عن القيد اذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك فى الشرع لان المنكوحة لم تزل مالكية فانها قادرة الا أن قيد النكاح مانع و بالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين اثبات القوة الشرعيـة فى محل لم يكن و بين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة فى محلها مناسبة ولا خفاء أن الاول أقوى والادنى لا يصلح أن يكون مستعارا للاعلى على ما ذكر ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجـوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن وأما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصـلا وكل ما كانه هو أقوى فاسقاطه أقوى فلان اليمين اسـقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما دون حقيقته لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزوم بين مختلفين فى الحقيقة هو فى أحدهما أقوى منه فى الآخر وأنت ترى الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فتدعى ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى و تطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك شجاع وأنت تريد ان تلحق جرأته وقوته بجرأة الاسد

يحيا فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولاخفاء ان الاول أقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع فى المتنازع فيه وانساغ فى عكسه (واذا قال لعبده أنت مثل الحر لم

من غير لفظ مستعمل فى المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المسمى الشرعى كما لو قال اسقنى ينوى به العتق أو الطلاق لا يقعان وانما قلنا انه لا يسوغ استعماله فيه لان مسوغ استعمال اللفظ فى المعنى اما وضعه له أو التجوز به فيه والاول منتف وكذا الثانى لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها وهذا ما يقال ان نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعانى المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة الحاصل معنى قوله كل لفظ وجد بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فللمتكلم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بان يثبت عنه أنه استعمل اللفظ باعتبار جزئى من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحققه فى ذلك الجزئى أو نقل اعتباره والثابت عنه فى علاقة المشابهة أن يكون فى وصف خارج ظاهر فى المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه فى المتجوز به فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا فى المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص والا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتباره الى ما ليس هو فيه فللاول لا يجوز التجوز بالاسد للابخر والمحموم مع أنهما وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما وللثانى وجب أن لا يكون المعنى المشترك فى محل المجاز أكثر منه فى محل الحقيقة اذا عرف هذا فنقول الاعتاق انما هو اثبات تلك القوة التى فصلنا فروعها للعلم بعدم ملك تلك الامور قبله والاصل فى اضافة عدم الشئ أن يكون الى عدم المقتضى لا الى قيام المانع لان عدمه هو الاصل فى عدم الحكم لان الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى ولو سلم فالاصل عدم المقتضى فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت ودعواه أنه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضى ملكا أما عقلا فظاهر وشرعا لم يثبت بل انما يثبت شرعا دوران ذلك الملك مع الحرية فلتكن هى السبب الشرعى والطلاق لازالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا لان ملكها متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ولا مناسبة بين ازالة المانع فى محل ليعمل الملك القائم عمله وبين اثبات الملك الزائل لمحل لعلاقة تجوز التجوز وهى أن تكون مختصة بالمتجوز عنه أى ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه فى محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا فان الاسقاط المشترك ثبوته فى العتق أكثر وأوفر منه فى الطلاق والتجوز بلفظ الطلاق يقتضى كون الطلاق هو الاكثر اسقاطا وأشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ولان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب فى المسبب بخلاف قلبه فانه المسبب فى السبب وهو ممنوع الا ان اختص والا وجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة وما قيل ليس سببا أيضا بدليل أن الامة لو كانت متزوجة فاعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة انما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما قبلها ألا يرى ان البول بعد الريح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وعلى من يلتزم انه يوجب حدثا آخر يمكن أن يقال أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة فعن هذا قيل الكنايات منها ما يقع العتق به بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك أو ملكتكها أو وهبت نفسك منك أو أوصيت لك بنفسك أو بعت نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاحتياج اليها اذا كانت تحتمل معانى وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت عنها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم ومنها ما لا يقع وان نوى كلفظ الطلاق وكناياته والتحقيق فى مثل الاول أن يقال انه ملحق بالصريح كما فى مولاى من حيث ان ما سوى العتق انتفت ارادته فتعين

به العتق وهذا لان الطلاق لا يحتمل العتاق حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا لانه لا يكون بلا مشابهة ولا مشابهة بينهما لان الاعتاق اثبات القوة اذ العبد ألحق بالاموات لان الرق أثر الكفر وهو موت حكما وبالاعتاق يحيا

وقوته فتستدعى الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم القوى على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق دون عكسه والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب ان فى الاولى منع المناسبة واظهار السند بان الاعتاق اثبات والطلاق رفع فانى يتناسبان وفى الثانى تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق أقوى وهو ينافى الاستعارة وقوله (واذا قال لعبده أنت مثل الحر) اطلاقه يشير الى أنه نوى العتق أو لم ينو لم يعتق وذكر فى المبسوط لم يعتق الا بالنية وفى تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا فوقع الشك فى الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك

(قوله والفرق بين النكتتين المذكورتين فى الكتاب أن فى الاولى منع المناسبة واظهار السند بان الاعتاق اثبات) أقول بعد ما تبين بالدليل الذى نقله من الشافعية ان الاعتاق اسقاط لا وجه لهذا المنع والسند ثم يضيع التعرض على هذا لكون الاول أقوى

وقوله (عرفا) يجوز أن يراد به العرف العام فان العامة يستعملونه للمشاركة فى بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم أو خط أو جود أو غيرها ويجوز أن يراد به العرف الخاص فان بعض أهل العلم يستعملونه فى الاتحاد بالحقيقة وقوله (ولو قال ما أنت الا حر الخ) ظاهر *(فصل)* لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختيارى الذى هو الاصل ذكر فى هذا الفصل

يعتق) لان المثل يستعمل للمشاركة فى بعض المعانى عرفا فوقع الشك فى الحرية (ولو قال ما أنت الا حر عتق) لان الاستثناء من النفى اثبات على وجه التأكيد كما فى كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لانه تشبيه بحذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن *(فصل)* (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال

فألحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازى وهذا بناء على ان الصريح يخص الوضعى والا فصح لان صريحا وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه فى كتبنا (قوله ولو قال ما أنت الا حر عتق) لان الاستثناء من النفى اثبات على وجه التأكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ فى الاصول وقد بيناه فى الاصول وانه لا ينافى قولهم الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا واما كونه اثباتا مؤكدا فلوروده بعد النفى بخلاف الاثبات المجرد (قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميعه) وهذا يقتضى أنه لا ينوى كما لو قال رأسك حر فانه لا يحتاج الى النية لكن المسئلة منقولة فى نوادر ابن سماعة لو قال رأسك حر عتق اذا نواه وفى نوادر هشام قال أبو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفى الهارونى لو رآها تمشى فقال هذه مشية حر أو تتكلم فقال هذا كلام حر لم تعتق الا أن يقول أردت العتق وهذا قول أبى يوسف وقال الحسن بن زياد من قول نفسه يعتق فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفى نوادر ابن سماعة عن محمد قال حسبك حر أو أصلك حر وعلم أنه من سبى لا يعتق لانه صادق وكذا لو قال أبواك حران وفى نوادر المعلى قال أبو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهى حرة فى القضاء ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق وفى نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال استك حر كان حرا وكذا ذكرك حر وتقدم
(فصل) أعقب العتق الاختيارى بالاضطرارى (قوله وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه

ويقدر ويصير أهلا للمالكية والطلاق رفع القيد لانها بعد النكاح بقيت حرة قادرة كما كانت لكنها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة الكاملة فيها ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح بدليل انه يدخل فيه ملك المتعة تبعا ولا ينعكس فكان اسقاطه أقوى لانه يزيل أقوى الملكين ولانه يزيل ملك الرقبة وملك المتعة فى محله ومن شرط المجاز انه لا يكون عمله فى محل المجاز أقوى من عمله فى محل الحقيقة لان عمله فى محل الحقيقة ازالة المانع من الفعل فقط وفى محل المجاز اثبات القدرة وازالة الضعف ولا شك أن الثانى أقوى ولهذا لا يعتق بانت طالق وان نوى به العتق وتطلق بانت حرة ان نوى به الطلاق فان قيل ملك النكاح فى حكم ملك العين فيكون رفعه فى حكم رفع ملك اليمين أيضا قلنا ولكنه فى الحقيقة ليس بملك عين فانها حرة مالكة نفسها فلم يكن ما يرفع ذلك الملك فى معنى ما يرفع ملك الرقبة من كل وجه فان قيل الآدمى خلق مالكا لنفسه بحيث ينطلق حيث شاء وملك اليمين يمنع ذلك كما فى النكاح قلنا لا كذلك بل الآدمى حيوان كالبهيمة وبكونه حيوانا لا يملك نفسه ولا غيره بل بصفة الحرية يملك وهذه الصفة تزول بالرق فتزول المالكية وهى علة ملك الانطلاق شرعا وبالتحرير تثبت المالكية وصفة المالكية لا تزول بالنكاح بل النكاح يمنع استعمال العلة مع وجودها وهذا كما تسقط القوة بالمرض فيداوى فيقوى على المشى والموثق يرفع وثاقه فيقدر على المشى فلا يكون بين رفع الوثاق وبين اثبات القوة بالمداواة تشاكل والله تعالى أعلم بالصواب
(فصل) (قوله ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضى الله عنهم (قوله واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة) أى اللفظ

عامة مسائل العتق الذى يحصل بغير اختيار كارث قريبه وخروج عبد الحربى الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم فى الاصل وعاء الولد فى بطن أمه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذى لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضى الله عنهم وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائى واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أو غيره فان قيل الضمير فى مثله يعود الى من كما فى قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار أبى سفيان فهو آمن وأمثاله فلا يكون حجة أجيب بان وقوعه جزاء لقوله من ملك ينبو عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد فان قيل

(فصل) ومن ملك ذا رحم محرم (قوله وولد الامة من مولاها) أقول فيه شئ فان العتق بدعوة المولى كما لا يخفى (قوله والرحم فى الاصل وعاء الولد الى قوله ومنه ذو الرحم) أقول فيه شئ (قوله أجيب بانه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح) أقول المراد عدم صحة كونه دليلا لا نفى صحة الحديث

صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا أو غيره والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس

وسلم) رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه وضعفه البيهقي والنسائي بسبب ان ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من أرسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره وان لم يحتج به في الصحيح وأما الحديث الثاني وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فأخرجه أصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أبو داود وغيره انفرد به عن الحسن عن سمرة قال وقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد وقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره وروى الطحاوي من حديث الاسود عن عمر موقوفا وروى من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلي باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلا زوج ابن أخيه مملوكته فولدت أولادا فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي أولادا فأراد أن يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط أن ابن عباس قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته واني أريد أن اعتقه فقال صلى الله عليه وسلم فان الله قد اعتقه (قوله والشافعي الخ) وبقولنا قال أحمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قول أكثر العلماء وفي الغاية روى ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولادة والاخوة والاخوات لا غير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا لقد أحصاهم وعدهم عدا وكلهم آتيه يوم القيامة فردا ثبت به أن الابنية تنافي العبدية فاذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه والتعقيب حاصل اذ العتق يعقب الشراء وانما أثبتنا له الملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فائدة في اثباته لاستعقاب البينونة (قوله له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك) في الولاد (ينفيه القياس) على غير القريب من العبيد وعلى

ذا رحم محرم عام كانه أراد به العام بعموم الصفة لان ذا رحم يستدعي موصوفا لا محالة فيكون المعنى من ملك انسانا ذا رحم محرم منه (قوله فهو حر) الضمير يرجع اليه فيعم بعمومه ثم عند أصحاب الظواهر منهم داود الاصفهاني اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ففيه تنصيص على انه يستحق عليه اعتاقه ولو عتق بنفس الشراء لم يكن لقوله عليه السلام فيعتقه معنى ولان القرابة لو أوجبت رفع الملك لمنعت وقوعه كما في ملك النكاح فلما لم يمنع ثبوت الملك لم يمنع البقاء بالطريق الاولى ولنا ان الفاء للوصل والتعقيب فيقتضي أن يكون معتقا بذلك الشراء لا بفعل مبتدأ كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه أي بذلك الاطعام والسقي لانه لو صار معتقا بفعل مبتدأ قد يوجد ذلك وقد لا يوجد فلا يتحقق معنى التعقيب والعتق صلة فلا يتحقق الا بعد الملك وانتفاء ملك النكاح لحرمة المحل وهو موجود قبل العقد (قوله ولادا أو غيره والشافعي رحمه الله يخالفنا في غير الولاد) لان العتق أقوى الصلات

صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطفه بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه أجيب بانه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ومحمله ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضربه فأوجعه وأمثاله قوله والشافعي يخالفنا في غيره) أي في غير الولاد واستدل بان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أولا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال أي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه وههنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه

(قوله وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس) أقول ولا يبعد أن يعكس فيقال كل ما ينفيه القياس لا يلحق به بدلالة النص وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره بالاستدلال أي بالقياس

او

أما انه ملك ذلك فبالاجماع وأما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو ملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لانها أي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح أما حرمة النكاح فبالاجماع وأما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة فاستدل به ولمشايخنا هنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صينت عن أدنى الذلين وهو ذل النكاح فلان تصان عن أعلاهما أولى فان ادعى ان ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعي تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا واجماعنا على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى لا محالة ولا فرق بين أن يكون المالك مسلما أو كافرا (٢٤٩) وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القرابة ان أوجبت العتق أوجبت باعتبار الصلة على ما أشار اليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الاعتاق أيضا أجيب بان علة النفقة ليست القرابة المجردة في الاخوة بل بصفة الوراثة لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما يبنى عليه وانما قال أو كافرا في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق فانه لو أعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم انفاذ العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا أعتقا لم ينفذ وأما اذا ملك ذا رحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل أن ما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق أيضا لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم التصرف منه وما لزم بالزامه يلزم بالالتزام أيضا بالاستقراء الا انا تركنا هذا الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وهما ليسا من أهله لما عرف في موضعه وكذا اذا أعتق المسلم عبدا حربيا في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية وبهذا يعلم

اولا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق أو الاستدلال به ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما رويناه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح

سائر الاملاك اذ لا تخرج عن ملك مالكها من غير رضا واختيار (أولا يقتضيه) القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الامن لا يعتد بخلافه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق أي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال أي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كأبناء الاعمام والعمات وأبناء الاخوال والخالات ويجب رد المتنازع فيه الى ما هو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني أشبه حقيقة وحكما أما حقيقة فلأن قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية وأما الثاني فلانا رأينا أحكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاتب فكذا في هذا الحكم (قوله ولنا ما روينا) فيضمحل معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره (ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه) كما في الولاد (وهذا) أعني كونه قرابة مؤثرة في المحرمية (هو المؤثر في الاصل) وهو قرابة الولاد يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى ولو سلم فغايته ما صنع انه أرانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الاصل باخرى متعدية الى ما لم يتعد اليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لانها قد ظهر أثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو أدنى الذلين فلأن يؤثر في دفع أعلاهما وهو ملك الرقبة أولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص أيضا يدل على تعيينه وهو ما رويناه فانه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف وهذا يفيد الغاء ما عينه وقول المصنف (حتى وجبت النفقة) الزام بمختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله

فيناط باقرب القربات وهو الولاد لمكان الحرية والاصل هو الاتفاق بين البعض والكل فجعل ملك الرجل ولده وأباه كملك نفسه والعبد اذا ملك نفسه عتق فكذا اذا ملك أباه أو ولده (قوله والاخوة وما يضاهيها) وهي القرابة المتوسطة تجاور في الاصلاب والارحام كالاعمام والاخوال وبنيهم وقد ألحقت بالبعيدة في الشهادة والقود والزكاة وحل الحليلة وامتناع التكاتب فكذا في هذا الحكم (قوله فامتنع الالحاق) أي بالقياس لان الحكم في الاصل ثابت مع منافاة القياس فلا يجري في مثله القياس (قوله أو الاستدلال) أي امتنع دلالة النص أيضا لان قرابة الاخوة أدنى مرتبة من قرابة الولاد ويشترط في الدلالة مساواة الفرع الاصل من كل وجه (قوله ولهذا امتنع التكاتب) بيان للفرق بين الولاد وغيره (قوله حتى وجبت النفقة وحرم النكاح) أيضا لكون الولاد ملغى في الاصل وهو قرابة الولاد وقد أجمعنا بالعتق فيها عند الملك

(قوله حتى وجبت النفقة وحرم النكاح الخ) أقول يعني علم تأثير تلك القرابة في جنس هذا الحكم وهو حرمة النكاح (قوله فان رافع الاعلى يرفع الادنى الخ) أقول محل تامل ويمكن جوابه بما مر من المصنف في فصل وعلى الرجل أن ينفق على أبويه في تعليل قوله ولا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم

ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا فى دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى أخاه ومن يجرى مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا للمقصود العقد وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه

تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ألزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقا وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان الراوى قد يصل وكثيرا ما يرسل ومعلوم أنه اذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة وغاية الامر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول أما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته وأما على قول الشافعى فيقبل اذا عملت الصحابة على وفقه وأنت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد فى هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم فى غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لانه الحاق بالاشبهية ولا أثر له ولو كان صحيحا عنده فالمعنى الذى ظهر أثره فى جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع (قوله والافتراض عند القدرة) جواب عن اعتباره لعدم التكاتب فقال علمية العلة التى عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة وانما هى قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاد مما تنتظم كتابته بخلاف كتابة الولاد فانه لكون الجزئية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع اجزائه على أن عن أبى حنيفة أنه يتكاتب على الاخ وهو قولهما فلنا أن نمنع والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما فى قرابة الولاد باعتبار انه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه وهذا المانع منتف فى غير الولاد (قوله ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا فى دار الاسلام) وكذا لافرق بين ما اذا كان العبد مسلما أو

فكذا فى القرابة المؤيدة بالمحرمية وقد وجبت النفقة فيها وحرم النكاح تحقيقا للصلة المفترضة وتحرزا عن القطيعة المحرمة فلان يعتق أولى اذ بقاء الملك أعلى من القطيعة ولا يقال ماذكر من وجوب النفقة لا يلزم الخصم لانه لا نفقة فى غير الولاد عنده لانا نقول يلزمه لانه لما ثبت وجوب النفقة لذى الرحم المحرم بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لم يعتبر انكار منكر بعد فان قيل ان حرمة النكاح أسرع ثبوتا من العتق ألا ترى ان حرمة النكاح تثبت بالرضاع ولا يثبت به العتق فلم يلزم لذلك من ثبوت حرمة النكاح ثبوت العتق قلنا كلامنا فى حرمة كانت صيانة عن الذل تحقيقا للصلة وليس للرضاع أثر فى وجوب الصلة ألا ترى انه يجرى التوارث ولا وجوب النفقة فى الرضاع فعلمنا ان حرمة النكاح لم تثبت فى الرضاع صلة بل النص أثبت حرمته فيه كما أثبت حرمة نكاح المشركة فان حرمة النكاح تثبت بالاسباب غير القرابة وليس كلامنا فيه (قوله ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا فى دار الاسلام) انما قيد به لان الحربى لو ملك فى دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه (قوله لعموم العلة) وهو الملك مع القرابة فان قيل العتق وجب صلة كالنفقة ولم تجب النفقة عند اختلاف الدين قلنا ايجاب النفقة يثبت بالنص باسم الوارث فاعتبر فيها الارث والعتق يثبت بالنص باسم ذى رحم محرم فلم يعتبر الارث (قوله والافتراض عند القدرة) يعنى صلة الرحم فرض ولكن القدرة شرط ولا قدرة للمكاتب على كتابة أخيه لان الكتابة نوع عتق ولا قدرة له على الاعتاق بخلاف الولاد لان مقصوده أن يعتق بجميع أجزائه فيسرى العتق الى قريبه ولادا تحقيقا لمقصوده وعن أبى حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ وهو قولهما قلنا ان نمنع وحل وضع الزكاة لا يدل على حرمة صلة العتق فالزكاة نفسها صلة ولكن لم يحل بين الآباء والابناء لان التمليك لم يتم للاشتراك فى المنافع ولا كذلك بين الاخوين وكذا الشهادة لابيه لا تصح لانه كالشاهد لنفسه من حيث انه جر النفع وقد عدم فى الاخ وكذا وجوب القصاص لان الابن يقتل بابيه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك فتبين ان الولد انما لا يقتل أباه قصاصا مع انه يعتق عليه بالملك لان الشرع حرم عليه قصد الاب كرامة للاب لا لانه يعتق عليه لو ملكه وكذا حل الحليلة لان الوحشة التى

أن قوله فى دار الاسلام فى الكتاب متعلق بمجموع ماذكر قبله من قوله ولافرق بين ما اذا كان المالك مسلما أو كافرا لا ينحصر تعلقه بقوله أو كافرا وقوله (والمكاتب اذا اشترى أخاه) جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب فى غير الولاد وتقريره لا نسلم انه لا يتكاتب عليه بل قد روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الاخ أيضا ولئن سلمنا

قوله قوله والافتراض الخ * كذا فى عدة نسخ وهو مقدم عن محله اهـ مصحح

فانما لا يتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق لانه عبد ما بقى عليه درهم وانما ألحق بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لا قدرة له على الاعتاق لا يعتق عليه لان فرض المسئلة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد أجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه كما كان مقصودا بالكتابة لكونه يتعير بالرق فكذلك رق الوالد والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا للمقصود العقد وأما حرية الاخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه أو أبيه وقوله (وهذا بخلاف ما اذا ملك بنت عمه) جواب نقض اجمالى تقريره لو كان تملك ذى الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التى هى أخت من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية أثرت فيها القرابة

يتكاتب على الاخ أيضا وهو قولهما فلنا أن نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهى أخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبى جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق) لوجود ركن الاعتاق من أهله فى محله ووصف القربة فى اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه فى اللفظين الآخرين (وعتق المكره والسكران واقع) لصدور الركن من الاهل فى المحل كما فى الطلاق وقد بيناه من قبل (وان أضاف العتق الى ملك أو شرط صح كما فى الطلاق) أما الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعى رحمه الله وقد بيناه فى كتاب الطلاق وأما التعليق بالشرط فلانه اسقاط

كافرا فى دار الاسلام لعموم العلة وهى القرابة المحرمية وقيد بقوله فى دار الاسلام لانه لا حكم لنا فى دار الحرب فلو ملك قريبه فى دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه فى دار الحرب لا يعتق خلافا لابى يوسف وعلى هذا الخلاف اذا أعتق الحربى عبده فى دار الحرب ذكر الخلاف فى الايضاح وفى الكافى للحاكم عتق الحربى فى دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا فاما اذا أعتقه وخلاه قال فى المختلف يعتق عند أبى يوسف وولاؤه له وقالا لا ولاء له لكن عتقه بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فاعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخلية لانه فى دار الحرب ولا تجرى عليه أحكام الاسلام وفى الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال أبو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع أبى يوسف فى كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما فى الايضاح أن يراد بالمسلم ثمة الذى نشأ فى دار الحرب وهنا نص على انه داخل هنالك بعد ان كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة الموروثة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين (قوله وعتق المكره والسكران واقع) فى المكره خلاف الائمة الثلاثة والاكراه لا يزيل الا الرضا والعتق لا يتوقف عليه ولذا جاز عتق الهازل وفى السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم فى الطلاق (قوله أما الاضافة الى الملك) كان يقول ان ملكتك أو ملكت عبدا ونحوه فهو حر (ففيه خلاف الشافعى) أى وحده فان مالكا يوافقنا فيه وكذا عن أحمد وفرق بينه وبين الطلاق اذ لم يجوز اضافته الى الملك بخلاف العتق بان العتق مندوب اليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما

تلحق الانسان تحل حليلته لغيره دون الوحشة التى تلحقه بلزوم الطاعة قهرا لحق الملك فان لم تجب الصيانة عن أدنى الامرين بالمحرمية بالرحم لا يدل على انه لا يجب عن الاعلى (قوله لان المحرمية ما ثبتت بالقرابه) والامة اذا اجتمعت على ان المراد بالمحرم المحرم بسبب القرابة (قوله فشابه النفقة) أى كما يجب على الصبى والمجنون نفقة الابوين وولد المجنون وكل ذى رحم محرم منهما فكذا العتق على الملك (قوله وأما التعليق بالشرط)

وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وذكره هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لانه كان معلوما من اصل دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة فى المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبى جعل أهلا لهذا العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما فى ملكهما بغير صنع منهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة وهى تملك ذى الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة قال (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى) ومن قال لعبده انت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله مضافا الى محله من غير مانع شرعى فيترتب الحكم عليه ووصف القربة وهو كونه لوجه الله تعالى فى الوجه الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه فى اللفظين الاخيرين يعنى الشيطان والصنم وقوله (وعتق المكره) واضح وقد تقدم فى الطلاق (وان اضاف العتق الى ملك) بان يقول لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر (صح كما فى الطلاق) وان علق بشرط كقوله ان دخلت الدار فانت حر فكذلك اما الاضافة ففيه خلاف الشافعى وقد تقدم بيانه واما التعليق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاسقاط

(قوله لان المكاتب ليس له ملك تام الخ) اقول فيه بحث فان للمكاتب ان يكاتب كما سيجىء فى كتاب المكاتب فلو صح هذا الكلام يلزم ان لا يجوز فليتأمل

فيجرى فيه التعليق بخلاف التمليكات على ماعرف فى موضعه (واذاخرج عبدالحربى الينامسلماعتق) لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وان أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها) اذهو متصل بها ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها) لانه لاوجه الى اعتاقها مقصود العدم الاضافة اليها ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط فى الهبة والقدرة عليه فى البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة

على ماعرف فلم يفترقا فى ذلك (قوله فيجرى فيه التعليق) لاخلاف فيه بيننا و بين الشافعى رحمه الله انما الخلاف فى انه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق الى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق و وجود الشرط لايبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبنى على انعقاد المعلق سببا فى الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط (قوله واذاخرج عبدالحربى الينامسلما عتق) سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما أولا وقيد بالخروج لانه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق و بقولنا قالت الائمة الثلاثة وقال الاوزاعى اذا خرج سيده مسلما يرد اليه وعند الظاهرية اذا أسلم عتق خرج أولم يخرج وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك ثم أجاب بانا لم نقل بهذا الا لعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج اليه مسلما من عبيد أهل الطائف وهى بعد الخندق بدهر و بدعوى نسخ تملك الكافر للمؤمن بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولاشك فى اتجاه الايراد وهو ممايصلح دليلا لنا وفى الجواب مالايخفى (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف) أخرج أبو داود فى الجهاد والترمذى فى المناقب عن على رضى الله عنه واللفظ لابى داود قال خرج عبدان بكسر العين الى النبى صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يامحمد والله ماخرجوا رغبة فى دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يارسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ماأراكم تنتهون يامعشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم اليهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب لانعرفه الا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدى فى غزوة الطائف من كتاب المغازى جماعة من العبيد خرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدهم واحدا واحدا أبو بكرة و وردان والمنبعث والازرق ويحنس النبال وابراهيم بن جابر و يسار ونافع ومرزوق كل هؤلاء أعتقهم صلى الله عليه وسلم فلما أسلمت ثقيف تكلموا فى هؤلاء أن يردوا الى الرق فقال صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله لاسبيل اليهم وأخرج عبدالرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدى عن أبى بكرة أنه خرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا فاعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفى مراسيل أبى داود فلما أسلم مواليهم رد النبى صلى الله عليه وسلم الولاء اليهم وفيه مجهول وأخرجه البيهقى مرسلا وقال ثم وفد أهل الطائف فاسلموا وقالوا يارسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال لا أولئك عتقاء الله ورد الى كل رجل ولاء عبده (قوله ابتداء) احترازعن بقاء الرق فانه يبقى بعد الاسلام بعد ثبوته بطريقه (قوله عتق حملها) باجماع الاربعة ولو استثناه لايصح كاستثناء جزء منها خلافا لاحمد واسحق والنخعى والشعبى وعطاء وابن سيرين وقولهم مروى عن ابن عمر وأبى هريرة وقال أبو يوسف اذا خرج أكثر الولد فاعتقت لايعتق هو لانه كالمنفصل فى حق الاحكام حتى تنقضى به العدة ولو مات وهو فى هذه الحالة ورث بخلاف مااذا مات قبل خروج الاكثر (قوله ثم اعتاق الحمل صحيح) عند الجمهور خلافا للظاهرية فانهم لايجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق أمه تبعا له ولا يجوز بيع الام اذا اعتق مافى بطنها و يجوز هبتها والفرق ان استثناء مافى بطنها عند بيعها لايجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة (قوله لمافيه من قلب الموضوع) وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص

فانه صحيح فى الملك بلاخلاف بيننا و بين الشافعى رحمه الله (قوله ولا استرقاق على المسلم ابتداء) احترزبه

(يجرى فيه التعليق) بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعى بوجه آخر وهو ان زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لايبطله فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف فى الاصول (واذاخرج عبد الحربى الينامسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم فى عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله) روى ابن عباس رضى الله عنهما ان عبدين من الطائف خرجا فاسلما فاعتقهما النبى صلى الله عليه وسلم (ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء) وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لانه فى البقاء من الامور الحكمية دون الجزائية فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعدوجود أسبابها وقوله (وان أعتق حاملا) ظاهر

قوله فيجوز بقاؤه كبقاء الاملاك بعدوجود أسبابها أقول الكلام فى عتقهم بالخروج الينا فكيف يلزم الاسترقاق ابتداء قبل ثبوت عتقهم فليتامل

الى

واعترض عليه بانه لولم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لايجوز بخلاف الهبة وأجيب بانه لما أعتق مافى بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الام بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الام واستثناء الحمل فى الهبة شرط فاسد والهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط على ماسيجىء وقوله (واشتراط بدل العتق على غير المعتق لايجوز) قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغى أن يتوقف العتق الى أن يبلغ الحمل الى حد يكون من أهل القبول وهو أن يكون عاقلا يعقل العقد كما مر فى خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد وأجيب بان ذلك فى صريح الشرط وأما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على وكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما فى طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه يقتضى انه ان ذكر

الى الجنين وشئ من ذلك ليس بشرط فى الاعتاق فافترقا (ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال) اذلا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه فى حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لايجوز على مامر فى الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر منه لانه أدنى مدة الحمل قال (و ولد الامة من مولاها حر) لانه مخلوق من مائه

على خلاف القياس وقد يقال هذا انما يرد نقضا لو كان عتق أم الولد تبعا لعتق ابنها بالنص وهو منتف اذهو فرع عتقه وهو فرع سابقية رقه وليس كذلك لانه يعلق حرا فلا يرد نقضا أصلا لايحتاج الى الجواب بانه خرج بالنص على خلاف القياس وسنذكر أنه انما يعتق اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من حين أعتقه (قوله والقدرة عليه) أى على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق و يجوز عتقه (قوله على مامر فى الخلع) الحوالة غير رائجة فانه لم يذكره فى هذا الكتاب والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبى أن العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك أى شئ نفيس ولا يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما فى البيع والاجارة بخلاف المرأة فانها لاتحدث لها قوة به ولا تملك نفسها الا ان ذلك كان ثابتا لها قبله على ماقدمناه فلا فرق بينها و بين الاجنبى فاذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا لايصح بطريق الكفالة لانه لايجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل فلذا لو قال للامة أعتقت مافى بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر منه عتق بلاشئ لانه لايجب له على أمته شئ بسبب غيرها (قوله لاقل من ستة أشهر منه) أى من وقت العتق فلو جاءت به لستة أشهر فصاعدا منه لايعتق الا أن يكون حملها توأمين جاءت باولهما لاقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثانى لستة أشهر أو أكثر أو تكون هذه الامة معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق حينئذ فيعتق لانه كان محكوما بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه وعلى هذا فرع مالو قال مافى بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لابيه ان كان له أب حر لانه حر وان لم يكن تكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لستة أشهر لاشئ عليه لانه عبده كذا ذكر (قوله

عن الاسترقاق بقاء لان الرق جزاء الكفر لكنه فى حالة البقاء صار من الامور الحكمية فيصح بقاء كما يصح بقاء الاملاك بعد وجود أسبابها (قوله ولو أعتق الحمل على مال) بان قال لامته أعتقت مافى بطنك على ألف درهم عليك فقبلت ثم ولدت لاقل من ستة أشهر فهو حر تيقنا بوجود مافى البطن حين علق عتقه بقبولها وقد وجد منها القبول (قوله على مامر فى الخلع) المذكور فى باب الخلع ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى يجوز ولم يذكر اشتراط بدل العتق على الاجنبى (قوله و ولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه) فيعتق عليه هذا هو الاصل أى الاصل أن يكون حكم الجزء حكم الكل ولا معارض له فيه أى للاب فى هذا الاصل لان

القوة الحكمية التى لم تكن للعبد قبله وكان فى مقابلة شئ يحصل له والاجنبى ليس فى معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشترى وقوله (وانما يعرف قيام الحبل) واضح لان التيقن بوجود الحمل فى البطن انما يحصل بذلك وقوله (منه) أى من وقت العتق قال (و ولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه

بكلمة الشرط توقف ولابد فيه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح (لانه قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من أهل القبول فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلا للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصدا للاعتاق بلا مال أو يحمل حاله على ذلك صونا لكلامه عن الالغاء وقوله (على مامر فى الخلع) قال فى النهاية هذه حوالة غير رائجة ويحتمل أن يكون مراده مسئلة الخلع فى الجامع الصغير فان فى شروحه فرق بين الخلع والاعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبى دون الاعتاق لما ذكرنا فى الخلع ان الاجنبى فى معنى المرأة فى عدم حصول شئ لهما بمقابلة المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبى والاعتاق يثبت

(قوله واعترض عليه بانه لولم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لايجوز بخلاف الهبة) أقول الانسب لتمشية السؤال طرح قوله بخلاف الهبة قال المصنف (ولو أعتق الحمل على مال صح) أقول قال فى الكافى ولو أعتق الحمل على مال بان قال لامته أعتقت مافى بطنك على ألف درهم عليك فقبلت اه وفيه بحث قوله قوله لمافيه الخ مؤخر عن محله كتبه المصحح

فيعتق عليه هذا هو الاصل) يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء (ولا معارض له فيه) أي في الولد لان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له فيكون الماآن له بخلاف أمة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة و ولدها من زوجها مملوك لسيدها التعارض الماءين و يرجح جانب الام بامور ومنها الحضانة وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لماء هو قبلها ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والاول أرجح لا محالة ومنها ان الولد مادام جنينا فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها الى ان ينفصل حسا وشرعا أما حسا فانه يتنفس بنفسها و ينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها وأما شرعا فلانه يعتق بعتقها وفيه نظر لان الكلام في ثباته فلا يستدل به عليه وقوله (والمنافاة متحققة) جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف الولد من المولى فانه للمولى أي جانب اعتبر وقوله (والزوج قد رضي به) جواب عما يقال اذا اعتبر جانب الامة حتى يكون الولد مملوكا كان الولد بها يتضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوج الامة عالما بان الولد يرق به وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله (بخلاف ولد المغرور) ظاهر (وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح) على ماذكرنا (فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) وانما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه فعلى هذا يكون قوله (والتدبير وأمية الولد والكتابة كالتفسير لذلك) والله تعالى أعلم

فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها (و ولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجح جانب الام لاعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به (و ولد الحرة حر على كل حال) لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وأمومية الولد والكتابة والله تعالى أعلم

فيعتق عليه) التحقيق أنه يعلق حرا لا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يقتضيه ظاهر العبارة فانه يجب القطع بان ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين لان ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فان ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بانه مخلوق من مائها بيقين بخلاف الرجل ولذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي عن الاب و يثبت النسب منها بالزنا و بعد الملاعنة حتى يتوارثان دون الاب فكان ماؤها أولى بالاعتبار عند التعارض أو لاستهلاك مائه بمائها لانه في موضعه و يزداد قوة منها الامنه أو ترجح بالحضانة والتربية أو لانه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض و يعتق بعتقها و يستثنى من بيعها والزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوجها مع العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه فتجب قيمته (قوله كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) أورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما فالرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى أو حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه مالم يقم به مانع سلب الولاية عن نفسه وهو حقه فاول ما يؤخذ الاسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالانسان و بالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق

الامة تبع للمولى فيكون ماؤها تبعا له أيضا ولا معارضة بين التبع والاصل لعدم المساواة بخلاف ما اذا كانت منكوحة فان ماءها يكون معارضا لمائه فصار الى الترجيح فيرجح ماؤها لان ماءه صار مستهلكا بمائها لان ماءها في موضعه وماؤه انتقل من موضعه والشئ في محله أقوى

*(باب

(قوله وفيه نظر لان حق الحضانة الخ) أقول قال المحشي الشهير بيعقوب باشا أجيب بان حق الحضانة حق ثابت للام سواء كانت قبل الولادة أو بعدها فيجوز أن يكون مرجحا لجانب الام والكلام في ترجيحه فيتم كما لا يخفى اهـ وفيه شئ قال المصنف (فيعتق عليه) أقول قال ابن الهمام الولد يعلق حرا فانه يجب القطع بان ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا الا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماءين اهـ ولو أجريت العبارة على ظاهرها لم يتفرع على ما سبق كما لا يخفى قال المصنف (هذا هو الاصل) أقول أي كون الولد مخلوقا من ماء الوالدين بان يكون له دخل فيه هو الكثير الغالب وان كان يقع خلافه قليلا كعيسى وآدم عليهما السلام فلا يرد انه كيف يكون هذا هو الاصل مع ترجيح جانب الام فليتأمل (قوله جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض الخ) أقول لا بد لنا في التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر (قوله وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته)
أقول ولا يخفى عليك انه يتم المرام بعلمه بعد شرعيته

(باب العبد يعتق بعضه) أخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم (واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر و يسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة وقالا يعتق كله وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي) يعني اذا كان المعتق واحدا أو موسرا ان كان العبد مشتركا وأما اذا كان معسرا فلك الساكت باق كما كان حتى جازله أن يبيع و يهب على ما يجيء وكل ما لا يتجزأ (فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله) قال صاحب الميزان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لانه محال بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزأ فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى أن اعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل (لهم أن الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها الذي هو الرق) لان المحل لا يخلو عن أحدهما فازالة أحدهما توجب اثبات الآخر وهما لا يتجزآن بالاتفاق فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزي العتق لانه اذا تجزأ فاما أن يثبت باعتاق البعض عتق كل الرقبة أو لا يثبت شئ أو يثبت بعضه وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير يلزم تجزي العتق (فصار) الاعتاق (كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد) في عدم التجزي فان قلت قد تقدم أن الاعتاق عند الشافعي اسقاط كالطلاق فكيف جعله ههنا اثباتا للعتق قلت يجوز أن يكون نقل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهم أن الاعتاق الخ

(باب العبد يعتق بعضه)
(واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر و يسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله) وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم أن الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص

و بالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فبينهما أنه يتبع الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين المأكول وغير المأكول كالحمار الانسي مع الحمار الوحشي يؤكل واذا تولد بين الوحشي والانسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ولاختلاف مفهوميهما قد يختلفان في الكمية في شخص فهما كاملان في القن و رق أم الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك فيهما كامل والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بان المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته والحاصل أن الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين دينا والله سبحانه أعلم

(باب العبد يعتق بعضه)
لاشك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة الى بيان أحكامه أمس منها الى ما يندر وجوده وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله (قوله واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر و يسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة) وتعتبر قيمته في الحال والاستسعاء أن يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه وسيجيء أنه اذا امتنع عن السعاية فعل ذلك اذا كان له عمل معروف وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا وانما يصار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر أن هذا اذا عين مقدارا كربعك حر ونحوه فلو قال بعضك حر أو جزء منك أو شقص

(باب العبد يعتق بعضه)
(قوله واذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر) أي زال الملك عن ذلك البعض ولم يرد به حقيقة العتق وانما أراد به ثبوت أثره وهو زوال الملك وقد نص عليه في المبسوط انه لا يعتق شئ منه باعتاق البعض ولا خلاف ان الرق والعتق لا يتجزآن وانما الخلاف في الاعتاق وقال صاحب الميزان في طريقته ان المعنى من قولنا الاعتاق يتجزأ ليس هو ان ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ بل معنى ذلك ان المحل في قبول حكم الاعتاق يتجزأ فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق البعض هل يوجب زوال الرق عن الكل أم لا فعنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل (قوله وعندهما لا يتجزأ) وهو قول الشافعي رحمه الله فقوله مثل قولهما فيما اذا كان المولى واحدا أو كان المعتق موسرا أما اذا كان معسرا يبقى ملك الساكت كما كان حتى يجوز له أن يبيع و يهب

(باب العبد يعتق بعضه) (قوله أخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه الخ) أقول أولا ان اعتاق الكل أفضل وأكثر ثوابا وثانيا أنه أكثر وقوعا (قوله حتى جاز له أن يبيع و يهب) أقول يعني عبده (قوله أو يثبت بعضه) أقول أي بعض العتق

(ولابي حنيفة أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك) وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف (أوهو) أي الاعتاق (ازالة الملك) لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا هو ازالة الرق ليلزم عدم التجزي (لان الملك حقه) أي حق المعتق (والرق حق الشرع) لان الكافر لما استنكف أن يكون عبد الله جازاه الله فصيره عبد عبده (أوحق العامة) لان الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه (وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره) وهذا كما ترى بناء لكلامه على أحد أمرين كل منهما مستقل بافادة المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك والملك متجز فالاعتاق كذلك وانما قلنا بانه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق تصرف وكل ماهو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالاعتاق لا يتعدى ولاية المتصرف وولاية المتصرف انما تكون على ماهو حقه وحقه الملك فولايته انما تكون على الملك وأما أن الملك متجز فذلك (٢٥٦) بالاجماع لكنه تعلق به أمر غير متجز وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزئته ولا تجزئة علته

بجواز الصلاة فانه أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو الاركان وكذلك الطهارة أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الاعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزئتها ولا علتها وهي ارادة الصلاة هذا تقرير أحد الامرين وتقرير الآخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجز فالاعتاق ازالة متجز وازالة المتجزى متجز وبيان ذلك ماذكرناه وهذا أسهل مأخذا ثم اذا تجزى الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية (والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده) أي عند أبي حنيفة (لان الاضافة) أي اضافة الاعتاق الى البعض توجب ثبوت المالكية) للعبد (في الكل باعتبار العتق لانه لا يتجزأ (وبقاء الملك في بعضه يمنعه) عن ثبوت

والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك أو هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع أوحق العامة وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره والاصل أن التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ماوراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزئ كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله

أمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة أسداسه وقوله عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فانه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قول المصنف وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق أي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الاعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحدا أو كان لشريكين والمعتق موسر أما اذا كان لشريكين والمعتق

عنده ما يجيء في الكتاب (قوله ولابي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك أو هو ازالة للملك) ووجه المغايرة هو أن في الوجه الاول يكون الاعتاق اثبات القوة بواسطة ازالة الملك فتكون ازالة الملك علة والاعتاق وهو اثبات القوة حكمها وفي الوجه الثاني تكون ازالة الملك عين الاعتاق (قوله والرق حق الشرع) لانه جزاء الاستنكاف فان الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى جازاهم بان جعلهم عبيد عبيده والجزاء مايجب لله تعالى على مقابلة فعل العبد فيكون حقه ولهذا سمي القطع جزاء لانه خالص حقه (قوله أوحق العامة) لان الغانمين يستغنمونه كما يستغنمون سائر الجمادات من الاموال فصار في حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا الى الانتفاع بهم ويكون معونة لهم على اقامة التكاليف فلو جعلنا الاعتاق ازالة للرق قصدا لكان العبد مبطلا لحق الغير قصدا ولو جعلناه ازالة للملك قصدا وثبت في ضمنه زوال الرق وثبوت العتق لكان فيه ابطال حق الغير ضمنا والمرء لا يتمكن من ابطال حق الغير قصدا ويتمكن من ابطال حق نفسه قصدا ثم يبطل به حق غيره ضمنا ألا ترى ان العبد المشترك اذا أعتق أحدهما نصيب صاحبه لم يجز ولو أعتق نصيبه يتعدى الى نصيب صاحبه بالعتق والفساد ضمنا (قوله وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره) والاصل ان حكم التصرف لا يكون متعديا عن محل التصرف الى محل آخر وانما يتعدى الى ماوراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما مر فيبقى على الاصل (قوله والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله) أي باعتبار العتق لانه لا يتجزى أو

(قوله أن الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الخ) أقول قوله وهو راجع الى الملك (قال المصنف وحكم التصرف مايدخل تحت ولاية المتصرف الخ) أقول أي التصرف الذي له حكم هو التصرف الذي يدخل الخ فحكم التصرف من اضافة الصفة الى الموصوف (قوله لان الاعتاق تصرف الى آخر قوله فولايته انما تكون على الملك) أقول فيكون الاعتاق هنا مجازا في الازالة التي هي سببه كما لا يخفى حيث لم يوجد اثبات العتق ولا هو يقدر عليه (قوله ولا علتها) أقول لم يعد الجار جريا على مذهب الكوفيين (قوله وتقرير الآخر الاعتاق الخ) أقول فالاعتاق حينئذ على حقيقته (قوله باعتبار العتق لانه لا يتجزأ) أقول فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده (قال المصنف لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله) أقول فيه بحث فان اللازم كما قرره آنفا خلاف ذلك ولعل هذا مستغنى عنه ويكفي في اثبات المطلوب لما كان بعضه مملوكا مكاتبا

ه بعضه غير مملوك كان كالمكاتب

مكاتبا اذهو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير أنه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ

معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الاعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فان القائل العتق أو الاعتاق يتجزأ لم يرده بالمعنى الذي يريده به قائل انه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو ازالته اذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك أو ازالته ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي أن يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه أو الاعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس الا في موجبه الاعتاق أولا وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه غير أن زوال الرق لا يثبت الا عند زوال الملك عن الكل شرعا كحكم الحدث لا يزول الا عند غسل كل الاعضاء وغسلها متجزئ وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع وانكاح بنته ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا فقطع بعدم تجزيه والملك متجزئ قطعا فلزم ماقلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي وحينئذ فينبغي أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولا زوال الملك أو الرق لانه محل النزاع والوجه منتهض لابي حنيفة أما المعنى فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحقه الملك أما الرق فحق الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالاعتاق زوال الملك أولا ثم يزول الرق شرعا اتفاقا اذا زال لا الى مالك وبهذا يندفع ماقيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا والا لكان البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة ازالة الملك لا الى مالك لان ذلك هو المسمى بالعتق لا ازالة الملك كيفما كان وأما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق أفاد تصور عتق البعض فقط وقول أيوب لا ندري أشئ قاله نافع أوهو شئ في الحديث لا يضر اذ الظاهر بل الواجب أنه منه اذ لا يجوز ادراج مثل هذه من غير نص قاطع في افادة أنه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يوجب في الحديث له قادحة وكذا مارواه البخاري أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه أي لا يغلى عليه الثمن أفاد عدم سراية العتق الى الكل بمجرد عتق البعض والا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر وأما ماروى لهما من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفي لفظ فقد عتق كله فانما يقتضي عتق كله اذا كان له مال يبلغ قيمته وليس مدعاهما ذلك بل أنه يعتق كله بمجرد اعتاق بعضه كان له مال أولا فقد أفادت الاحاديث أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وان وردت في العبد المشترك واستدل أيضا بدلالة الاجماع وهو أن المعتق اذا كان معسرا لا يضمن بالاجماع ولو كان اعتاق البعض اعتاقا للكل واتلافا له لضمن مطلقا كما اذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لانسان ثم رجع بعد القضاء فانه يضمن موسرا كان أو معسرا لكن قد يقال في هذا ان السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق في قوله عليه السلام فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وهو مروى عن علي وعمر بخلاف ماقيل ان قول عمر قولهما فقد أسند الطحاوي الى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام

لانه لما أسقط ملكه عن بعض العبد وجب أن تثبت للعبد ولاية في ذلك البعض ولا تثبت المالكية في ذلك البعض الا بثبوتها في الكل (قوله لانه اسقاط لا الى أحد) لان الكتابة اسقاط يده الثابتة الى العبد

المالكية في الكل باعتبار الرق فانه لا يتجزأ فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتبا فعملنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى ويجوز أن يكون معناه اذ هو أي معتق البعض مالك يدا الا في السعاية مملوك رقبة كالمكاتب ويجوز أن يكون معناه اضافة العتق الى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول أبي حنيفة فقلنا انه حر يدا مملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة (قوله فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق) فان قيل لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز أجاب بقوله (غير أنه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى أحد) والاسقاط لا الى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لانها انما تتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لا يقبل الفسخ (بخلاف الكتابة المقصودة) فانها اسقاط من المولى الى المكاتب اقدارا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ

وليس فى الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفى القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه عتق فان كان

شهد القادسية فابلى فيها وكان بينى وبين أمى وأخى الاسود فارادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال اعتقوا أنتم فاذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم فيه أعتق والا ضمنكم أثبت لعبد الرحمن الاعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت فى العبد اعتاقهما وانما قلنا ذلك لان الرق لا يتجزأ زوالا عند أحد فلزم المطلوب وهو أن النازل بالاعتاق بالذات زوال الملك واذا ثبت ذلك لزم فى اعتاق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر أى يزول ملكه عنه ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها واذا ظهر أن ما زال بالاعتاق هو الملك والرق ثابت فى كله ولازمه شرعا أن لا يبقى فى الرق لزم أن يسعى العبد فى باقى قيمته لاحتباس مالية الباقى عنده وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله الا أنه يخالفه فى أنه لو عجز لا يرد الى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا الى مالك صدقة عليه به وانما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعى وهو تضمينه قسرا بخلاف المكاتب فان عتقه فى مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتعجيزه نفسه وعلى هذا ما اذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيأ من قيمة الولد لانه ما صنع فى الولد شيأ ولانه لم يثبت حق الشريك فى الولد لانها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها والاعتراض بانه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشئ لان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه واذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكروا من الحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لانه ان أريد الحاق ازالة الرق بها فى عدم التجزى فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزأ زوالا وان أريد الحاق ازالة الملك بها فيه فغير صحيح لانهم وغيرهم لا يقولون بانه لا يتجزأ وأقصى ما يمكن فى تقريره أن يجعل الحاقا لزوال الملك لا الى مالك فى عدم التجزى بان يتنزل ويدعى أن المتجزئ زوال الملك الى مالك لا الى غير مالك الحاقا بالامور المذكورة فان فى الطلاق زوال ملك لا الى مالك وفى العفو زوال حق لا الى مستحق آخر والاستيلاد زوال ملك كذلك أعنى ملك بيعها وهبتها والجواب أولا أنه الحاق بلا جامع لان عدم التجزى فى الاصول لعدم التصور اذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ولا اسقاط نصف حق القتل فان القتل بثبوت حقه لا نصفه فعبه لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزى فيها لان الزوال لا الى مالك بل لا أثر لكون الزوال الى مالك أو لا اليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المصنف (وليس فى الطلاق والعفو حالة متوسطة) أى ليس فيهما الا زوال كلهما أو بقاؤهما (فاثبتناه فى الكل) أى فاثبتنا زوال الملك فى الكل (ترجيحا للمحرم) وهو الحرمة فانه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به وأما الاستيلاد فمتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وانما كمل فى القنة لانه لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزى ضرورة (قوله واذا كان العبد بين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه عتق) أى زوال ملكه عنه (فان كان) المعتق

بالعوض فيكون عينه باقيا فيمكن رده اليه بواسطة انعدام البدل المقابل بها ولا كذلك فى فصل السعاية لان التصرف انما يثبت له بواسطة سقوط الملك فى البعض وهو اسقاط لا الى أحد فلا يبقى ذلك فلا يمكن القول برده (قوله والاستيلاد متجزئ عنده) جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد (قوله ملكه بالضمان وانما يملكها بدون رضا الساكت لانه لما ثبت النسب تحققت العلة لثبوت العتق بها

وفى بعض النسخ لانه اسقاط لا الى أجل يعنى بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى أجل وهو وقت أداء البدل وقوله (وليس فى الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة) جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص ووجهه أنا لم نثبت العتق فى الكل لامكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهى الكتابة يصار اليها وليس فى الطلاق والعفو ذلك (فاثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم وأما الاستيلاد فهو متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه) حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله فان قيل لو كان الاستيلاد متجزئا لاطرد فى القنة أيضا أجاب بانه انما لم يتجزأ فى القنة لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كانه استولد جارية نفسه لا أن الاستيلاد عنده غير متجز قال (واذا كان العبدبين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه عتق) وكلامه واضح ونوقش مناقشة

(قوله وهو وقت أداء البدل) أقول فيه بحث والظاهر وهو وقت العجز (قوله حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله) أقول ولو مات المدبر عتق من ثلث ماله

(موسرا)

موسرا فشريكه بالخيار ان شاء أعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما فى الوجهين وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله

(موسرا فشريكه بالخيار ان شاء أعتق نصيبه) منجزا أو مضافا وينبغى اذا أضافه أن لا تقبل منه اضافته الى زمان طويل لانه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية فى الحال فيعتق كما صرح وابه فينبغى أن يضاف الى مدة تشاكل مدة الاستسعاء (وان شاء ضمن المعتق) قيمته اذا لم يكن باذنه فان كان باذن الشريك فلا ضمان عليه له (وان شاء استسعى العبد) فيها (فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما فى الوجهين) أى فى الاعتاق والسعاية (وهذا) كله (عند أبى حنيفة رحمه الله) هكذا ذكر فى الاصل وذكر فى التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعى وأن يكاتبه وهو يرجع الى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاجره جبرا ويدل على أن الكتابة فى معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته ان كان من النقدين لا يجوز الا أن يكون قدرا يتغابن الناس فيه لان الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الاكثر وكذا لو صالحه على عوض أكثر وان كاتبه على عروض قيمتها أكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه والتضمين أولى لانه أنظر ولو لم يكن له ولى انتظر بلوغه ليختار قيل هذا فى موضع ليس فيه قاض فان كان فى موضع فيه قاض نصب القاضى له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء وليس للولى اختيار العتق لانه تبرع بمال الصبى وكذا لو كان مكان الصبى مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما الا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فان له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتداء واذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لانهما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لاقرب الناس اليهما وهو المولى وان لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى لان كسبه مملوك للمولى فى هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الاعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمى يجب نصف قيمته صحيحا وقلبه لو كان أعمى يوم العتق فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لانه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر اليسار والاعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت العتق فاعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فايسر لا ضمان ولو اختلفا فى قيمته يوم أعتقه فان كان العبد قائما نظر الى قيمته يوم ظهر العتق حتى اذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لان العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره وكذلك ان أراد أن يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا فى قيمته فى ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا فى اليسار والاعسار فقال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل وأنت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق اما لانه كالمنشئ للعتق فى الحال أو لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان فى الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعى اليسار فيما مضى وان كان معسرا فى الحال فالظاهر شاهد لمن يدعى العسرة فيما مضى وهو كالمستأجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا فى جريان الماء فى المدة يحكم الحال ولو تصادقا على أن العتق كان سابقا عليه فى مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق فى انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بداله أن يبرئه ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد أنه ان قضى القاضى له بالضمان أو رضى به

وعملت عملها فى بعض المحل فتحققت الضرورة الى تملك نصيب صاحبه اذ العمل بالعلة فى البعض دون البعض غير مشروع كمن استولى على مباح وأراد أن يتملك البعض دون البعض وتملك مال الغير عند الضرورة يبدل

لفظية وهى أن أبا حنيفة لا يثبت عنده شئ من العتق فما وجه صحة قوله عتق وأجيب بان المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق فى كل العبد وقوله (فالولاء بينهما) يشير الى أن الاختلاف فى صفة السبب بان يكون اعتاق أحدهما بمال واعتاق الآخر بدونه لا ينافى ثبوت الولاء بينهما جميعا

وقوله (لهمافى الثانى) يعنى أن يسار المعتق يمنع السعاية (قوله صلى الله عليه وسلم فى الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة الآخر) والقياس فيه أحد الامرين اما وجوب

الضمان على المعتق موسرا كان أو معسرا لانه باعتاق نصيبه مفسد

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزى الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثانى أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع لهما فى الثانى قوله صلى الله عليه وسلم فى الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة الآخر

المعتق فليس له أن يستسعى الغلام بعد ذلك والا فله قيل ماذكر فى الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل فى المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل أن يختار شيأ فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذى أوجب الخيار للمورث ثابت للورثة فان شاؤا أعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان يملك بالاداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق أو الاستسعاء فالولاء فى هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الاناث لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه فى ذلك الذكور من أولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما يرث قائم مقام الميت وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه ليس لهم ذلك الا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء قال فى المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك بالارث فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذى تقدم لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه وليس للمورث أن يختار التضمين فى البعض والسعاية فى البعض فكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيأ فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه فليس له أن يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين معلق بشرط هو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك ووجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتمليك عند ذلك بخلاف ما لو باعه نصيبه أو وهبه على عوض حيث لا يجوز فى الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا تمليك للحال وهو غير محل له وفى جامع قاضيخان لو أعتق أحد الشريكين فى مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته فى قول أبى حنيفة رحمه الله بل يسقط لان الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ به لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس (قوله وقالا ليس له) أى الساكت (الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق) قال المصنف (وهذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزى الاعتاق) عنده (وعدمه) عندهما فيسعى وهو حر مديون وتقدم بيانه (والثانى أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع) لهما فيه أن جميع النصوص التى ظاهرها تجزى الاعتاق كقوله فقد

يعدله جائز فى حالة المخمصة وهذا بخلاف ما اذا استولدها بالنكاح لانه ثمة لم تعمل العلة فى شئ منها وتأخر عمل العلة الى زمان وجود الشرط جائز (قوله تبتنى على حرفين) والحرف الثانى يرجع الى الحرف الاول لان

على الشريك نصيبه بانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف فى نصيبه وضمان الافساد لا يختلف باليسار والاعسار وأما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لانه متصرف فى نصيب نفسه والمتصرف فى ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه الى ملك الغير كمن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو أحرق الحصائد فى أرضه فاحترق شئ من ملك جاره

(قال المصنف لهما فى الثانى قوله عليه الصلاة والسلام الى قوله تنافى الشركة) أقول وأجاب صاحب الكافى بان فى الحديث بيان أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وذا لا ينفى وجوب السعاية على العبد لوصف التنجيز وفائدة القسمة فى نفى الضمان لو كان فقيرا اه واعترض عليه ابن الهمام بان هذه القسمة كما تفيد نفى الضمان لو كان فقيرا تفيد نفى الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التى تفيدها تلك الافادة وأجاب صاحب العناية أيضا بان النبى صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط والمعلق بالشرط يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ماذكرنا من وجه أبى حنيفة اه وفيه بحث

قسم

والكنهما تركا القياس بالحديث المروى رواه نافع عن ابن عمر ومثله روى عروة عن عائشة ووجه الاستدلال أنه (قسم والقسمة تنافى الشركة) ووجه قول أبى حنيفة على ماذكره فى الكتاب ظاهر وقوله (لما قلنا) يريد به

قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه وقوله (الا أن

قسم والقسمة تنافى الشركة وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا أن العبد فقير فيستسعيه

عتق منه ما عتق وحديث فعليه خلاصه فى ماله وقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه فى ماله ان كان موسرا فى الصحيحين وكذا ما انفرد به البخارى عن مسلم من أعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتى ظاهرها عدم تجزيه كحديث أبى المليح عن أبيه أن رجلا أعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك وأجاز عتقه رواه أحمد وأبو داود وزاد رزين فى ماله وفى لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخارى عن ابن عمر رضى الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم من أعتق نصيبا له فى مملوك أو شركا له فى عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ولذا اختار الطحاوى قولهما ووجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند اعساره الاستسعاء والقسمة تنافى الشركة واستدل لابى حنيفة رحمه الله بقوله (أنه) أى الساكت (احتبست) على البناء للفاعل (مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه) وان وقع احتباسها عنده بغير اختياره (كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان فى صبغ غيره فانصبغ به فان لصاحب الصبغ أن يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا لما قلنا الا أن العبد فقير فيستسعيه) ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد أن تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين غيره غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعتقه الاختيارى لكنه تصرف فى ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليل فانها أوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا الا اذا كان موسرا وأجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفى الاستسعاء عند نفى الاعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضا بالدليل وهو ماذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح وأجاب والتحقيق فى ايراده أن النصوص قسمت فاعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الاعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب

الاعتاق لما كان يتجزأ لم يعتق نصيب الساكت وبقى مملوكا له لكن بصفة الفساد لا يجوز بيعه ولا هبته وقد وجد جهتا الضمان من المعتق بالافساد بطريق التسبيب والثانى احتباس المالية فى يد العبد فيميل الساكت الى أيهما شاء وعندهما لما كان لا يتجزأ عتق الكل فلا يتصور احتباس المالية فى يد العبد غير ان المعتق ان كان موسرا فعليه الضمان وان كان معسرا فعليه السعاية بالنص ثم اختلفت الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله فى رواية اذا اختار العتق أو السعاية علم انه هو الواجب من الاصل وعندهما الضمان هو الاصل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات العبد أو المعتق الموسر قبل التضمين أو الاستسعاء فعلى الرواية الاولى له حق التضمين لان الضمان هو الاصل فلا يسقط بالموت كما فى الغصب وعلى الرواية الثانية ليس له ذلك لان الضمان يثبت بشرط ملك المضمون وذلك لا يتصور بعد الموت وكذا لو مات العبد وترك أكسابا فعلى الرواية الاولى ليس له أخذ الاكساب بطريق السعاية لان الضمان هو الاصل فيكون اكتسابا بعد الموت وذلك لا يجوز بعد موت العبد وعلى الرواية الثانية له أن يأخذ الاكساب لان الواجب أحدهما فتبين أن الواجب من الاصل هو الاستسعاء فيكون اكتسابا قبل الموت وبموت المكاتب لا تبطل الكتابة فيأخذ الاكساب (قوله كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به) فعلى صاحب

العبد فقير فيستسعيه) قيل عليه اذا سعى فالقياس أن يرجع على المعتق لانه هو الذى ورطه وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بما سعى وأجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد والعبد انما سعى فى بدل رقبته وماليته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد بخلاف المرهون فان سعايته ليست فى بدل رقبته بل فى الدين الثابت فى ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين فى ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما فى معير الرهن فان قيل ماذكر من وجه أبى حنيفة فانما هو قياس فى مقابلة النص وهو باطل أجيب بان النبى عليه الصلاة والسلام قسم على وجه الشرط لانه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق وهو لا ينافى الاستسعاء عند عدمه لان المعلق بالشرط يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا وقد وجد ذلك على ماذكرنا من وجه أبى حنيفة وقوله

(قوله ولكنهما تركا القياس الخ) أقول ويمكن أن يقال تركا القياس للتعارض أيضا فليتأمل وفى الكافى فعملا بالقياس فى الحالين ليكون عملا بهما (قوله أجيب بان النبى صلى الله عليه وسلم الخ) أقول فيه بحث

وقد أجيب أيضا بنحوه وهو أن القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضى الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمة تنافى الشركة مطلقا بل ذاك اذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وليس بشئ اذ لا أثر لتعدد الشرط ووحدته فى اختلاف حكم القسمة وفى الكافى جعل فائدة القسمة نفى الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى أن هذه القسمة كما تفيد نفى الضمان لو كان فقيرا تفيد نفى الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التى تفيد بها تلك الافادة فان قيل فمن أى وجه أفادت القسمة نفى الشركة فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا فى أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره وغاية ما يمكن أن يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذ كان على خلاف الدليل الظاهرى وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضى قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا أو معسرا فلا يجوز تضمين المعتق فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين فى صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وهذا لان الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفى القصر وبقى جوازه ولا يخفى ان فى هذا تقليل معارضة الدليلين لانه فى قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه فى نفى أصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما أمكن وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس اذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء انما هو فى غير ما اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بنفس التصرف فى المحل أما اذا كان وله قدرة على اتمامها وجب كالشروع فى صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب اتعابا للآخر وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس فى صورة الاعسار بناء على أنه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه اذ لا شك فى أن عتق ما يملكه مشروع وعبادة والاتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسدت مالية باقى العبد كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره فالحق أن القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصصه وفى المسئلة قول الثورى والليث أن الساكت بالخيار ان شاء أعتق وان شاء ضمن ولا سعاية أصلا وسبب هذا القول اعلالهم لفظ السعاية فى حديث أبى هريرة قال النسائى أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائى وسعيد بن أبى عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبى عروبة يعنى فى ذكر السعاية قال وبلغنى أن همام ماروى هذا الحديث عن قتادة فجعل الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة وقال عبد الرحمن بن مهدى أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطنى سمعت أبا بكر النيسابورى يقول ما أحسن ما رواه همام وضبطه فصل قول النبى صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن أبى عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعلا الاستسعاء من قول النبى صلى الله عليه وسلم وأحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابى اضطرب سعيد بن أبى عروبة فى السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر فى الستة عنه عليه السلام من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن أبى عروبة من الاثبات فى قتادة وليس هو بدون همام عنه وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعه الى النبى صلى

الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا أى احتبست ماليته عنده فان قيل هذا القياس وقع معارضا لحديث القسمة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد وكل قياس هو مخالف النص فهو مردود قلنا ذكر القسمة فى الحديث بلفظ الشرط وهو يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم على أصلنا فجاز له أن يستسعى عند وجود الدليل وان كان موسرا

(ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب) هذا هو ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن والحسن قد روى استثناءه وتعتبر قيمة العبد فى الضمان والسعاية يوم العتق وكذا حال المعتق فى يساره واعساره فان قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق كما فى الاجارة اذا اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفى ماذهب اليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود وقوله (لان به) أى بيسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق والساكت (بتحقيق ماقصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه) وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقى وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من اتمام قصده وايصال بدل حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره وقوله (ثم التخريج على قولهما ظاهر) يعنى اذا علم أن هذه المسئلة مبنية على حرفين أى أصلين فى الكلام فى التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن متجزئا كان المعتق موقعا للعتق فى النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانتفت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حال اليسار للأصل الثانى فلو رجع لكان عليه السعاية (والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته) للاصل الاول (وأما التخريج على قوله فخيار الاعتاق) للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزئا كان ملكه فى الباقى قائما فخيار اعتاقه وأما التضمين فلان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة

ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ماقصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه فى حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزى وأما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه فى الباقى اذ الاعتاق يتجزأ عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك

الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم وأبان بن يزيد العطار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراسانى وقال الشيخ تقى الدين وقد أخرجه الشيخان فى صحيحيهما وحسبك بذلك يعنى برفعهما الاستسعاء وفى المسئلة مذاهب أخرى ضعيفة مثل أنه لا يعتق شئ أصلا ولو باذن الشريك وأنه لا يعتق الباقى ويستمر على مملوكيته وأن له التضمين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسى وأنه يعتق الباقى من بيت المال وهو قول ابن سيرين (قوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت) وهو ظاهر الرواية وهو قول الشافعى ومالك وأحمد وفى رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن (لا يسار الغنى) أى الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ (لان بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع فى تحقيق مقصودهما فوجب وهذا فى الحقيقة تعليل للنص والا فصريح النص أوجب الضمان عند مجرد ملك قيمة الحصة لانه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه (قوله ثم التخريج على قولهما) أى تخريج تفصيل المسئلة على قولهما (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد فى حالة اليسار) فلم يكن الضمان منقولا اليه عما وجب على العبد بل هو شئ واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للمحصة فلان العتق كله من جهته لعدم التجزى فكان اعتاق بعضه اعتاق كله ويسعى فى حالة اعساره حرا مديونا وأما التخريج على قول أبى حنيفة فاثباته خيار الاعتاق للساكت لقيام ملكه فى الباقى اذ الاعتاق متجزئ عنده فلا يعتق الباقى بعتق المعتق نصيبه (والتضمين) بالجر أى وخيار التضمين للمعتق (لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك من الوصية والصدقة والاجارة والاعارة والامهار والاستخدام ونحو ذلك

وفائدة القسمة نفى الضمان لو كان فقيرا (قوله ثم المعتبر يسار التيسير) وذكر فى العيون وهو المختار ان الموسر فى ضمان العتق من يملك ما يساوى نصف المعتق سوى المنزل والخادم ومتاع البيت وثياب الجسد وتعتبر قيمة العبد فى الضمان والسعاية يوم الاعتاق فكذا حال المعتق فى يساره واعساره وان قال أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه ونظر اليه يوم ظهر العتق كما فى الاجارة اذا اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه واختيار الساكت فى تضمين المعتق ابراء العبد واختياره أن يقول اخترت أن أضمنك أو يقول اعطنى حقى وعن محمد رحمه الله أن يتراضيا على الضمان أو يقضى به القاضى وفى الروايات كلها اذا اختار الاستسعاء لم يملك تضمين الشريك لانه ليس فى الاستسعاء نقل الملك فلا يتوقف على قضاء ولا رضا بخلاف التضمين ولو مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئا فعن أبى حنيفة رحمه الله ليس له تضمين المعتق لان التضمين بشرط نقل الملك الى المعتق وقد فات النقل بالموت وفى المشهور عنه له التضمين لان الضمان يستند الى حالة الاعتاق كما فى تضمين المتلفات وعندهما الضمان واجب ولو باع الساكت نصيبه من المعتق أو وهب على عوض

وللقائل أن يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على أحد الاصلين أما على الاصل الثاني فظاهر وأما على الاصل الاول فلان التجزي ان لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له والجواب أن الحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزي لامحالة على انا نقول ان التجزي ان لم يوجب الضمان من حيث هو تجز يوجبه من حيثية أخرى وهو افساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة وقوله (والاستسعاء) معطوف على قوله والتضمين وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبنى على الاصل الثاني (و يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك) أي أخذ القيمة (بالاستسعاء) بناء على الاصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القاتل (ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فصار كان الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعى ان شاء) وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف قبل ذلك وتقريره أن ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر وقوله (والولاء للمعتق في هذا الوجه) يعني اذا ضمن المعتق وهو ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله احتبست مالية نصيبه وقوله (ولا يرجع المستسعى على المعتق) ظاهر وقد قيدناه جوابا بالسؤال

مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا و يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعى ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء أعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته أولا يقضى دينا على المعتق اذ لا شئ عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه

(مما سوى الاعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاد والكتابة وقوله (والاستسعاء) بالجر عطفا على التضمين أي واثبات خيار الاستسعاء (لما بينا) من أنه احتبس مالية نصيبه عنده وانما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت لانه ملكه باداء الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب اذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فانه يرجع على القاتل لانه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا للغاصب ولانه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاؤه وقوله (ضمنا) جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك الى ملك فاجاب بان ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لانه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا عدمه ضمنا (والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه ملكه بالضمان) غايته أن بعضه ببدل وهو لا يمنع الولاء (و) أما (في حال اعسار المعتق ان شاء أعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا) من احتباس ملكه (والولاء له) أي للساكت أي مشترك بينه و بين المعتق (في الوجهين) أي في الاعتاق والاستسعاء (ولا يرجع المستسعى) على المفعول أي العبد (على المعتق بشئ باجماع بيننا) خلافا لابن أبي ليلى فانه يرجع عنده على المعتق اذا أيسر وانما لا يرجع بالاتفاق أما على قوله فانه يسعى لفكاك رقبته وأما على قولهما فلانه ان لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضى دينا على المعتق اذ لا شئ على المعتق اذا كان معسرا (بخلاف) العبد (المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضى دينا على الراهن فلذا يرجع على المعتق) اذا أيسر ونظير الاول ما اذا اعتق

فالقياس أن يجوز كالتضمين وفي الاستحسان لا لان هذا تمليك للحال وهو غير محل له بخلاف التضمين فانه تضمين من وقت الافساد وهو محل له (قوله مما سوى الاعتاق وتوابعه) مثل التدبير والاستيلاد (قوله لما بينا) أي احتبست مالية نصيبه (قوله ولانه ملكه بالاداء ضمنا كما ينبغي أن لا يملكه لانه مكاتب) قال انما ملك ضمنا لاداء الضمان لا قصدا والضمنيات لا تعتبر وفي حال اعسار المعتق ان شاء أعتق وان شاء استسعى والولاء له أي في نصيبه (قوله باجماع بيننا) احترز به عن قول ابن أبي ليلى فان عنده يرجع العبد بما سعى على المعتق لانه يسعى لفكاك رقبته عند أبي حنيفة رحمه الله أولا يقضى دينا على المعتق على قولهما لانه حر مديون عندهما فيقضى دينا عليه لا على المعتق بخلاف المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر حيث يرجع على المعتق باعتبار انه يسعى في رقبته قد فكت على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى و باعتبار انه يقضى دين المعتق على قولهما وقول الشافعي رحمه الله تعالى عليه في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع و يوهب وهذا يخالف النص وهو قوله عليه السلام من أعتق شقصا من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر كاف عتق بقيته ولو بقي رقيقا كما كان لم يكاف عتق نفسه وقال ابن أبي ليلى اذا استسعى العبد يرجع على المعتق لانه ألزمه هذه العهدة قصدا وقلنا هذا ضمان

يسعى

فإن ... وأجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان

يسعى في رقبة قد فكت أو يقضى دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع و يوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبتنى السعاية على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع

أمته على أن تتزوجه فابت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو أعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق و يسعى في قيمته وهو حر عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية بخلاف المريض اذا أعتق عبده فانه يسعى وهو رقيق لان تصرف المريض فيما لا يحتمل النقض موقوف عنده (وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع و يوهب) وهذا قول الشافعي (وجهه) عنده (أنه لا وجه لتضمين الشريك لاعساره ولا لاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا لاعتاق الكل لانه اضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا نختار أن يستسعى) قوله غير جان الخ قلنا لا يفتقر الى الجناية بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار وقد يتمسك له بما روى من الزيادة في قوله فقد عتق منه ما عتق و رق مارق و يدفع بانها كما قال أهل الشان ضعيفة مكذوبة ولو ثبت لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجاز الامتناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد والحق أنه لا يحتاج اليها بل بقوله عتق منه ما عتق كفاية فانه اذا لم يعتق الا ذلك القدر ان لم يلزم بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والملك هو المطلق التصرف والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله ان كان له مال والا استسعى غير مشقوق عليه يوجب استسعاءه عند اعساره ولا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ما قدمنا * واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعى ان اختار ذلك وأن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والاوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس لله شريك فانه يفيد تنجيز العتق كله كما قالا أو عدم تقرره وهو الاولى واذا لم يقرر ولا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء والا بطل حقه مجانا جبرا بفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بلا جناية في الشرع ثابت كما في العبد المرهون اذا أعتقه سيده المعسر ولان الشرع اضطره الى فكاك رقبته حيث حكم وله ولاية الايجاد والاعدام بنفاذ عتق ذلك القدر وأن لا يقر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي قول آخر هو كقولهما في اليسار والاعسار واختاره المزني من أصحابه

له بدل وهو حصول العتق له وكل ضمان له بدل لا يثبت الرجوع أولانه لم تلزمه هذه العهدة قصدا وانما يلزمه هذا في ضمن صحة تصرف المالك وكم من شئ يثبت ضمنا وان كان لا يجوز قصدا وقول زفر رحمه الله كقول ابن أبي ليلى رحمه الله الا ان عند زفر رحمه الله يرجع المعتق على العبد أيضا وعند ابن أبي ليلى رحمه الله لا يرجع المعتق على العبد لانه ضامن نصفه وقال ربيعة وهو أستاذ مالك رحمه الله اذا أعتق أحد الشريكين لا يعتق أصلا كيلا يتضرر شريكه وقد قال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قلنا ان هذا النص مشترك الدلالة فانه لو لم ينفذ تصرفه في ملكه التام لتضرر به و روى ان أبا يوسف رحمه الله ناظر مع ربيعة في هذه المسئلة فقال أرأيت لو رضي به صاحبه فتحير ربيعة وانما تحير لانه لو قال جاز كان فيه ترك مذهبه ولو قال لم يجز لكان فيه ابطال علته وقال بشر رحمه الله يعتق كله كما قالا الا ان الضمان على المعتق موسرا كان أو معسرا قياسا على اتلاف سائر الاموال ونحن تركنا القياس بالنص وهو قوله عليه السلام من أعتق شقصا من عبد بينه و بين غيره ان كان موسرا ضمن نصيب صاحبه والا سعى العبد غير مشقوق عليه أي على العبد وهذه المسئلة مسدسة لما فيها من الاقوال الستة (قوله ولا راض به) أي العبد غير راض بفعل الاعتاق لان الرضا لا يتحقق الا بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا (قوله

قوله (وقول الشافعي في الموسر) بيان لموضع خلاف الشافعي فانه ذكر في أول الباب مطلقا فاحتاج الى أن يبينه ههنا وقوله (ولا راض به) أي بالاعتاق لان الرضا انما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق ولا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا وقوله (فتعين ما عيناه) يعني عتق ما عتق ورق مارق (وقلنا الى الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا يفتقر في وجوده الى الجناية) كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا (بل ينبني على احتباس المالية) وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف السالب لها بعلة البيع وأمثاله في شخص واحد

قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه) كلامه واضح الاما ننبه عليه قوله (بالعتق) أى بالاعتاق وقوله (فى زعمه) أى فى زعم كل واحد منهما وقوله (فيصدق) يعنى كل واحد منهما فى حق نفسه وقوله (لانه مكاتبه) أى على تقدير الصدق وقوله (أو مملوكه) يعنى على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما تيقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا فى قوله أعتق شريكى نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هو أن يكون التكسب للمولى واذا كان صادقا فى قوله أعتق الشريك يكون مقرا بان العبد صار مكاتبا باعتبار تجزى الاعتاق عند أبى حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة وذلك أيضا جائز وقوله (لان حقه فى الحالين) أى لان حق المولى فى حال اليسار والاعسار (فى أحد شيئين) أى التضمين أو الاستسعاء وقوله (وقد تعذر التضمين لانكار الشريك) اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فانه لما أنكر يحلف فاذا نكل وجب الضمان وأجيب بانه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتتعين السعاية فلا فائدة فى التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لان مآله اليه

بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها فى شخص واحد قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما فى نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبى حنيفة رحمه الله) وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا فى زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق فى حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لانه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه فى الحالين فى أحد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر

(قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما فى نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبى حنيفة) وعتق (وكذا اذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار) العبد بذلك (مكاتبا له) أى فى حكم المكاتب (و يزعم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق فى حق نفسه فيمنع من استرقاقه و يستسعيه) ان شاء أو يعتقه (لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان) فى دعواه عتق الشريك (أو صادقا لانه مكاتبه) ان كان صادقا (أو مملوكه) ان كان كاذبا (فلهذا يستسعيانه) أما فى الصدق فظاهر وأما فى الكذب فلتمكن الانسان من أمر عبده أن يسعى و يأتيه باكسابه (ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه) أى حق كل منهما (فى الحالين) حال يسار الآخر واعساره (فى أحد شيئين) السعاية أو التضمين الا أن فى اليسار حقه فى أحدهما من التضمين والسعاية غير عين وفى الاعسار حقه فى أحدهما عينا وهو السعاية وهذا (لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده) أى عند أبى حنيفة (وقد تعذر التضمين لانكار الشريك) الاعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لانه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهم على الآخر انه أعتق لم تقبل للمعنى الثانى فانهما يثبتان لانفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبدهما وانما أثبتنا ما أثبتنا فى المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمنا لشهادته (فتعين السعاية) وهو عبد عند أبى حنيفة حتى يؤدى لان المستسعى

ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما فى نصيبه) وهذا بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما يدعى العتق على صاحبه ووجوب الضمان له أو السعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما للآخر كذا فى الايضاح (قوله كاذبا كان أو صادقا) لانه ان كان صادقا كان العبد بمنزلة المكاتب فى حقه عند أبى حنيفة رحمه الله وان كان كاذبا كان العبد مملوكا له وأياما كان فله ولاية استسعائه واستكسابه (قوله ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار) لان حقه حالتى اليسار

(قوله وأجيب بانه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما الخ) أقول ولك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده لا يقال وضع المسئلة فيه ألا ترى الى قوله شهد فان الشهادة هى الاخبار الذى يكون عن مواطاة قلب لانه لو سلم أن معناها ما ذكرته فالقاضى يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر قال ابن الهمام بعد تقرير جواب الشارح وهذا صريح فى أن لا تحليف فى المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله فى الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله أى تعين استسعائهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعى على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب فى الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بانك أعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكمها الا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضى لو سألهما فاجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقاه معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر ان كانا موسرين ولا يستسعى العبد لانه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه أن نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا اه فى قوله وهذا صريح فى أنه لا تحليف فى المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله فى الكتاب كاذبا

وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبى عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبى بالسعاية وولاؤه لى (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى العتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا أن الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه (وان كانا معسرين سعى لهما) لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر (وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى عليه السعاية فلا يتبرأ عنه (ولا يسعى للمعسر منهما) لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما (ولو قال أحد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف الآخر وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله

كالمكاتب وأورد أن التضمين غير متعذر لانه لما أنكر يحلف فان نكل جاز التضمين وأجيب بانه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذى أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة فى التحليف لان المآل الى السعاية وهذا صريح فى أن لا تحليف فى المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله فى الكتاب كاذبا كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله أى تعين استسعائهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعى على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب فى الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بانك أعتقت نصيبك وهو ينكر فان هذه ليس حكمها الا الاستسعاء أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوت فترافعا أو رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضى لو سألهما فاجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ولو اعترفا أنهما أعتقاه معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر ان كانا موسرين ولا يستسعى العبد لانه عتق كله من جهتهما ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فان المنكر يجب أن يحلف لان فيه فائدة فانه ان نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية عليه) لو احد منهما (لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته) وانما يدعى الضمان على صاحبه (لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا أن الدعوى لم تثبت عليه لانكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه) بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره (وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا) لغرض أن المعتق معسر وقوله (على ما بيناه) أى من أن العبد مملوكه أو مكاتبه الا أن عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون (وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله) أى يثبته (لصاحبه) حيث ادعى أنه هو الذى أعتق والعتق لا يتجزأ أى لا يثبت به الا ما لا يتجزأ أصلا من زوال الرق (وهو) أى صاحبه (يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما) فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال (قوله ولو قال أحد الشريكين) فى عبد (ان لم يدخل فلان) يعنى العبد (الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخلها غدا فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف الآخر) بينهما (وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) على تفصيل يقتضيه مذهب أبى يوسف وهو أنه

والاعسار فى أحد الشيئين التضمين أو السعاية ولا يمكن لكل واحد منهما تضمين الشريك لجحود الشريك

وقوله (على ما بيناه) يريد به قوله لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا كذا فى النهاية وقيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه أو مملوكه (ولو قال أحد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) لكن عند أبى حنيفة لا فرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد فالهما فى استحقاق النصف الباقى

كان أو صادقا بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما الخ بحث لان الصدق ليس مطابقة الحكم للاعتقاد بل للواقع والاقدام على اليمين بناء على الاعتقاد تامل (قوله أنه أعتقه صاحبه يحلف الخ) أقول من أين علم أنه يحلف فانه يجوز أن ينكل والنكول بذل عند أبى حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه والجواب أنه يحلف على الحاصل بانه ليس له على حق التضمين فليتامل

على السواء وعند أبي يوسف ان كانا معسرين فكذلك وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شئ لان كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعي الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى في ربع قيمته للموسر منهما لان المعسر يدعي الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه والموسر يدعي السعاية على العبد فيسعى له في حصته (وقال محمد رحمه الله

وقال محمد يسعى في جميع قيمته) لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضي بشئ للجهالة كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق

انما يسعى في النصف لهما اذا كانا معسرين فلو كان أحدهما موسرا يسعى في الربع للموسر ولو كانا موسرين لا يسعى لاحد واليه أشار المصنف بعد هذا بقوله ويتأتى التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق فانما جمع بينه وبين قول أبي حنيفة في أنه لا يجب الا النصف (وقال محمد يسعى في جميع قيمته) لهما ان كانا معسرين وبنصفه للموسر ان كان أحدهما معسرا ولا يسعى في شئ ان كانا موسرين وهذه على وزان المسئلة السابقة أعني اقرار كل منهما أنه هو الذي أعتق وهناك اذا كان أحدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى الا للموسر فكذا هذا وهذا لان الذي يأخذ السعاية أبدا يكون هو الساكت والآخر معتق فاذا كان أحدهما موسرا فانه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى انزال المعسر هو الساكت فزعمه أن لا سعاية له على العبد وانما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول الى شئ مطلقا كما لو كانا موسرين فان كلا يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية (قوله لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول) وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد (ولا يمكن القضاء على المجهول) ولا التوزيع لانه يؤدي الى اسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته واعطائه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع في المعين فلم ينافه التوزيع (فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فانه لا يقضي بشئ للجهالة) فكذا لا يقضي بسقوط شئ لذلك واذا لم يحكم بسقوط شئ وجب الكل (قوله ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بالسقوط كيف يقضي به والجهالة) المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشيوع) أي شيوع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليهما فصار المقضي عليه بالسقوط المولين فلا جهالة في المقضي عليه وانما تلزم لو قضي على أحدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التعين في نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما في كتاب التحري عشرة وجل لكل منهم جارية أعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعن في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن وتسعى كل واحدة في تسعة أعشار قيمتها وصار (كما اذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر في الثاني (أو البيان) في الاول فان العتق يوزع عندنا لعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب

الاعتاق من جهته فتتعين السعاية ويكون الولاء بينهما لان كل واحد منهما يعترف ان نصف الولاء لصاحبه بالاعتاق والنصف له بالسعاية فيكون الامر في حقهما على ما اتفقا عليه (قوله ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل) وبه فارق الشهادة بالعتق فهناك لم يتيقن بسقوط شئ من السعاية عن العبد لجواز أن يكون كل واحد منهما كاذبا فيما يشهد به على صاحبه (قوله والجهالة ترتفع بالشيوع)

يسعى في جميع قيمته) بينهما نصفين ان كانا معسرين وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شئ وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى في نصف قيمته للموسر منهما لان المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده أيضا يمنع وجوب السعاية وجه قول محمد فيما اذا كانا معسرين أن المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية وهو الحانث منهما مجهول والمجهول لا يجوز القضاء عليه (فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضي) عليه (بشئ للجهالة كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع) جواب عن قوله المقضي عليه مجهول فان قيل في التوزيع فساد وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق أجيب بان ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك لانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه وأما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى وقوله (و يتأتى التفريع فيه) قد أمضيناه في أثنائه (ولو

(ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما) لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول (واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الاب) لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على مامر (ولا ضمان عليه) علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم (وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا

بالبيان خلافا للشافعي في أنه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة في الثاني واسقاط جميع حق المستحق في الاول واسقاط بعضه للضرورة أولى وقيل ان الجهالة في المقضي عليه لا تمنع القضاء اذا كان المقضي له معلوما بدليل أن من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به وان كان المقضي عليها منهن مجهولة لكن لما كان المقضي له معلوما جاز القضاء كذا هنا المقضي له معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت اللاك لكل الى آخر النهار (قوله ولو حلفا على عبدين الخ) يريد أن يفرق بين السابقة وهي ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد وهذه وهي ما اذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال أحدهما ان دخل فلان غدا فعبدي حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (لم يعتق واحد منهما) ولا شئ منهما في قول الكل (لان المقضي عليه) بعتق عبده وهو أحد المولين (مجهول والمقضي له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء) ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث أحد المالكين لان كلا منهما يزعم أنه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضي عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاول هو مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك في مثل قوله ان لم يدخل فعبدي حر بخلاف ان لم يكن دخل فانه يستعمله المماري في الدخول وعدمه في الماضي لتحقق الدخول فيه وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل في الماضي وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بنزول الطلاق (قوله واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما) بعقد واحد بان خاطب البائع الاب والآخر معا بان قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا (عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه) فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيأ ولو كان موسرا سواء علم الشريك أنه ابن الآخر أو لم يعلم ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك أبيه ان شاء وان شاء أعتقه (وهذا عند أبي حنيفة) وأجمعوا أنهم ما لو ورثاه لا يضمن الاب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه ولفظ الحديث أعني قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شركا له الخ يفيد كون العتق اختياريا (وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن فيه وعلى هذا

والتوزيع فان قيل في التوزيع فساد أيضا وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق قلنا نعم لكن بطريق الضرورة فانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد رحمه الله كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه ولو قلنا بالتوزيع كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى (قوله واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الاب) أي زال ملكه عن حصته (قوله وكذا اذا ورثاه) صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المرأة عن أخ وزوج كان النصف للزوج يعتق عليه

وقوله (ولو حلفا على عبدين) ظاهر وكذلك قوله واذا اشترى الرجلان الا ما نذكره قوله (ولا ضمان عليه) أي على الاب وقوله (وكذا لو ورثاه) يعني بالاتفاق وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فماتت عن أخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوجها فماتت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وأبيها وقوله (وقالا في الشراء) اشارة الى ما ذكرناه من الاتفاق في صورة الارث

الخلاف اذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار هذا كما اذا كان العبد بين أجنبيين فاعتق أحدهما نصيبه وله أنه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا أذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا

الخلاف اذا ملكاه بهبة معا (أو صدقة أو وصية وعلى هذا) الخلاف أيضا (اذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعتقه ان اشترى نصفه) أما لو حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراء كله (لهما أنه) أي الاب (أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق) الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب اعتاق (وصار كما اذا كان العبد بين أجنبيين فاعتق أحدهما نصيبه) لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أن لا يكون برضا من له حق التضمين ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كان راضيا بافساد نصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا أذن له باعتاقه صريحا وعلم مما ذكر أن المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان اعتاقه يثبت اختياريا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر ان ضربته فهو حر فضربه عتق نصيبه فان له أن يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضا بالعتق لان وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر والواقع جزاء الشرط بخلاف قبول الايجاب في البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا قلنا لا شك أن له تاديب عبده اذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلزمه بالزامه اياه فالغه عليه أن لا يضر به ظلم منه فلا يصح أن يقال ان لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي أنه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب بخلافه وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لانه ضرر والعاقل لا يرضى به ولان وضعه لاثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة لان من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بانه راض منه بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه اثبات ما يترتب عليه وللعاقل في ذلك أغراض دنيوية من استفادة المدح والولاء وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الاجر لا يقال رضا الاب بالشراء رضا بالاعتاق والرضا بالاعتاق رضا بالضمان وأبو حنيفة رحمه الله يثبته اذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لانا نقول كونه رضا بالضمان لا يوجب امكان تضمين الآخر له الا اذا لم يكن رضا باعتاقه كما ذكرنا وأما ايراده على قولهما هكذا الاعتاق لا يتجزأ على قولهما فاعتاق البعض اعتاق الكل ولا يمكن اعتاق الكل الا بتملك نصيب الآخر ولا يملك الا بالضمان والجواب انه تملك ضمني فلا توجه له هنا (قوله وهذا ضمان افساد) جواب عما يقال كونه رضي باعتاق شريكه لا يوجب اسقاط الضمان

أو كان لرجلين ابن عم وله جارية فزوجها أحدهما فولدت ولدا ثم مات ابن العم فورثاه عتق الولد على الاب أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوجها فماتت هذه المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وأبيها (قوله وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا أذن له باعتاق نصيبه صريحا) بان قال له أعتق نصيبك فانه لا ضمان له (قوله ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق) أي علة علة العتق (قوله وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما) انما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن أبي يوسف رحمه الله ان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وعن أبي يوسف رحمه الله في رواية ان ضمان الاعتاق أيضا ضمان تملك حتى لا يسقط حق الشريك في التضمين بالاذن (قوله حتى يختلف باليسار والاعسار) هذا ايضاح لقوله

وقوله (قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه) انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد ولم يوجد ووجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره الشريك الآخر رضي بافساد نصيبه ومن رضي بذلك لا يضمن المفسد (كما اذا أذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك) أي الدليل على رضاه بافساد نصيبه (أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا) والمشاركة في علة العتق رضا بالعتق لا محالة والمراد بالعلة علة العلة لان الشراء علة التملك والتملك في القريب علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة اذا لم تصلح العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك حكم شرعي يثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة وقوله (وهذا ضمان افساد)

(قوله لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر) أقول الظاهر أن يقال لانه اذا حلف بعتقه بعد ان اشتراه بدل قوله ثم اشتراه بشركة الآخر الخ ولم توجد هذه العبارة في النسخ التي رأيناها ولا بد منها أو ما يفيد

ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه (وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب) لانه ما رضي بافساد نصيبه (وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب

كما لو استولد الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وبسطه أن الضمان في العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد أحد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانه له ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لان وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعي التملك فاثبتناه وضمان اتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية في عتق الانسان ما يملكه لله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك فصح أن يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم في هذا الافساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا أثم به أما وضع العتق فليس مقتضيا لزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان اتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالابنية وعدمها وروي عن أبي يوسف أنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالما بالابنية فلا يضمن الاب أو غير عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لان المسقط لحقه في التضمين مباشرته لسبب اسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله كما اذا أطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظير المذكور في الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حاله فانه ليس له أن يضمن الآكل اذا علم مستقيم أيضا وانما قلنا على خلاف القياس لان القياس أن لا يختلف ضمان الاتلاف باليسار والاعسار ألا ترى ان من أتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا فان قلت قد أسلفت أن القياس ليس الا الاستسعاء لان العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو التضمين للاتلاف قلنا قد حكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين للوجهين المذكورين ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه وكل منهما غير صحيح في نفس الامر لغرض ورود النص على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعاء دائما والتضمين دائما وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفي عليه والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع أو صلاة انه قادر على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فان لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع اليه (قوله وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه ما رضي بافساد نصيبه) لان دلالة ذلك ما كان الا قبوله البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه (وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة) وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده (وقالا لا خيار له) أي للاجنبي بل يتعين التضمين على

ضمان افساد أي ضمان افساد نصيب الساكت يكون ضمان التسبيب وذلك مبني على صفة التعدي فاذن يختلف باليسار والاعسار اذ الموسر متعد لانه يكون لاحراز ثواب الاعتاق ويمكن له ذلك بطريق آخر وهو اعتاق عبد غير مشترك فلا يكون مضطرا في ذلك والمعسر مضطر اليه فلا يكون متعديا (قوله ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه) وروى الحسن بن زياد عنه انه فرق بين العلم وعدمه لان

يجوز أن يكون جوابا عما يقال انما كان الرضا مسقطا للضمان ان لو كان ضمان افساد وأما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما اذا استولد أحد الشريكين الجارية باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك ووجه الجواب أنه ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا وانما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن أبي يوسف أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط به الضمان وقوله (ولا يختلف الجواب بين العلم) أي بالقرابة (وعدمه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان الحكم يدار على السبب) أي العلة (كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه) والسبب قد وجد بتمامه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين ما اذا لم يكن عالما بها في حكم الضمان لان الرضا لا يتحقق الا اذا كان عالما بها وقوله (وان بدأ الاجنبي) ظاهر مما تقدم وكذلك

قوله (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر) وانما قيد (٢٧٢) بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه ضمن للساكت

نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن اذا كان موسرا) ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيأ عنده والوجه قد ذكرناه (واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله للذى دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه

ما مر من أن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة) للبائع (وقالا ان كان موسرا يضمن ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه) وهو أنه لما باعه منه فقد رضى بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع (قوله واذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر) فاراد كل من الساكت وهو الذى لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهما المراد بقوله (فارادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر) ثلث قيمة العبد قنا وليس له أن يضمن المعتق شيأ واذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد ان شاء على وزان ما تقدم فيما اذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبي حنيفة (وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) أعني ثلثه قنا (وهذا) كله (عند أبي حنيفة وقالا العبد كله للذى دبره أولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا) الخلاف (أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعب العتق) اذ هو عتق مضاف (فيكون معتبرا به ولما كان) التدبير (متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين) حيث امتنع على كل منهما البيع وما في معناه من الهبة والوصية والصدقة والامهار فثبت لكل منهما (١) خمس خيارات (أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه

رضاه لا يتحقق ذا لم يكن عالما به فان قيل لو قال أحد الشريكين لآخر ان ضربت العبد اليوم سوطا فهو حر فضربه سوطا يضمن الحالف للضارب ان كان موسرا قلنا الضرب شرط والرضا بالشرط لا يكون رضا بالسبب وهنا رضى بالعيب حين شاركه في علة العتق وهو الشراء فان قيل الرضاء بالشرط من المرأة كالرضا بالسبب في اسقاط حقها عن الارث فليكن في مسئلة الضرب كذلك قلنا الفرار يثبت بشبهة العدوان فيبطل بشبهة الرضا بمباشرة الشرط وهذا الضمان وجب بحقيقة العدوان وهو الاتلاف والافساد فلم يبطل الا بحقيقة الرضا صريحا أو بمباشرة العلة دون الشرط (قوله ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله) قيد به لانه اذا اشترى من أحد الشريكين نصيبه يضمن للآخر بالاجماع (قوله والوجه قد ذكرناه) وهو ما ذكر انه رضى بافساد نصيبه (قوله فارادوا الضمان) هذا على طريق التغليب حيث ذكر بلفظ الجمع والمعتق لا يريد الضمان أصلا (قوله فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب) ومعنى ثبوت هذه

بالاجماع وقوله (والوجه قد ذكرناه) اشارة الى قوله لهما أنه أبطل وله أنه رضى قال (واذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان) أى أراد الآن مريد الضمان انما هو الساكت والمدبر دون المعتق فكان المراد بالجمع التثنية أو أطلق الجمع بطريق التغليب (فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) وبيان ذلك أن قيمة العبد ان كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما ذكر فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهى ثلثا قيمة القن وهى ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة فيضمن المدبر المعتق ثلث الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب الساكت مع ثلث الستة التى يضمنه اياها (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا) قوله (وأصل هذا) ظاهر وقوله (على ما مر) اشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الخ

للساكت

(١) قوله خمس خيارات كذا في النسخ والمعدود ستة اهـ من هامش نسخة العلامة البحراوى

وقوله (غير أن له أن يضمن المدبر) بيان حصر الضمان على المدبر بعد ما كان الاعتاق أيضا سبب ضمان وتقريره وذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتق ضمان جناية واتلاف والاصل فى الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غيره الا عند العجز أما أن ضمان المدبر ضمان معاوضة فلانه يضمن ما أتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سبب الضمان موجبا الملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما أتلفه وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجناية وأما أن الاصل فى الضمان ضمان المعاوضة فواضح (ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) ومما يدل على أن ضمان المدبر ضمان معاوضة أن من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم أبق (٢٧٣) فلم يرجع من اباقه حتى مات كان ذلك

للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا وأمكن ذلك فى التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك فى الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين

للساكت) وهو الثالث الذى لم يعتق ولم يدبر (سببا ضمان) أحدهما (تدبير المدبر) الذى أفسد عليه ما أفسد (و) الآخر (عتق هذا المعتق) فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه الى الحرية بالسعاية أو التضمين (غير أن) الساكت (له تضمين المدبر) ليس غير (ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل) فى الضمان لان به يعتدل جانبا الضامن والمضمون له فانه لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب فى تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله فحيث أمكن هذا لا يعدل عنه (ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) خلافا للشافعى حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففى العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى وهذا يحقق ما ذكرت لك فى قولهم ضمان جناية والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية ما فى قاضيخان لو غصب عبدا فابق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التى أداها والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده أكسابا ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند أداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب فى الحال مع ان اقراره بالاتلافات مؤخر الى ما بعد العتق واذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لانه ممكن (لكونه) أى نصيب الساكت (قابلا للنقل من ملك الى ملك) فى المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا ضمان المعاوضة (لانه) أى العبد (عند ذلك مدبر) وفى بعض النسخ حر (أو مكاتب على اختلاف الاصلين

الخيارات أن تصح منه هذه التصرفات ان فعل ما لا يؤدى له فى الاعتاق والاستسعاء لما فيه من افساد نصيب الشريك لانه كان متمكنا من الانتفاع بنصيبه على ملكه الى وقت الموت وبعد الاعتاق والاستسعاء لا يتمكن فاذا أعتقه الآخر بقيت هذه الخيارات للساكت (قوله اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة) عندنا الاصل فى ضمان المال ثبوت الملك فى المضمون تحقيقا للمعادلة حتى صح اقرار المأذون بالغصب فان قيل لو كان الغصب ضمان معاوضة لبطل القضاء بالضمان بالافتراق لا عن قبض فيما اذا غصب مدهن فضة فانكسر عنده وقضى عليه بقيمته من الدنانير وافترقا لا عن قبض ومع هذا لا يبطل القضاء قلنا الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد فلا يظهر كونه معاوضة فيما عداه اذ الثابت ضرورة لا يعدو موضعها (قوله لانه عند ذلك مدبر) أى عند الاعتاق مدبر وفى

الكسب للغاصب قال فى النهاية والمسئلة فى آخر باب النهى من أصول الفقه لشمس الائمة السرخسى وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند أداء الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما أتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان أولى وقوله (لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين) قال الامام جلال

(قال المصنف غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة) أقول يعنى ثبت ضمان المعاوضة فى ضمن ضمان افساد لا يقال اذا كان ضمان معاوضة ينبغى أن لا يختلف باليسار والاعسار كما فى سائر المعاوضات لانه ضمان افساد يتضمن ضمان المعاوضة ولا معتبر بالضمنيات فلينا مل

(قال المصنف لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير) أقول أى قبل ثبوت حكم التدبير فان ملكه بتضمين الساكت يستند الى ذلك الوقت (قوله فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل الى قوله كان أولى) أقول هذا لفظ الفاضل الاتقانى فى كتاب الغصب فراجعه مع أنه يهدم ما شيدوه فى بيان نفى ثبوت حق تضمين الساكت للمعتق من أساسه لان بناءه على عدم امكان ضمان المعاوضة فى المدبر فتدبره وجوابه أن ذلك ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد على ما سيجيء فى كتاب الغصب وما ثبت بالضرورة لا يعدو موضعها فليتأمل (قال المصنف لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين الخ) أقول قال الاستاذ مولانا جلال الدين ابن المصنف قوله لانه عند ذلك حر أو مكاتب على اختلاف الاصلين غير صحيح وكذا قوله ولا بد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند

الذين ابن المصنف هذا غير مستقيم وكذا قوله لابد من رضا المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد
الاعتاق والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا أنه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح أن يقال لانه عند ذلك مدبر وأقول
للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب كما أن من فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسئلة
الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الايجاب الاول في كل واحد من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل منهما حرا من
وجه عبدا من وجه فكان الثابت كالمكاتب فكذا ههنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب وأما أن

ولابد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا
لانه أفسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة
ما ملكه بالضمان من جهة الساكت

ولابد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف هو غير مستقيم
لانه عند الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك والمستسعى عند أبي حنيفة وان كان بمنزلة
المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق
للساكت لزم أن لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان افساد (فلهذا يضمن
الساكت (المدبر) ليس غير (ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما أفسد عليه نصيبه
مدبرا) فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا
معنى الافساد عليه وانما أفسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبر الشريكين فاعتقه أحدهما
وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يتملكه بالضمان (قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) فلو كانت قيمته
قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة
(قوله على ما قالوا) طريقته في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت
بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الاول وقيل
تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل
وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا أن الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل
يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا
حسن عندي وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع
وقيل قيمة خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها وقيل
يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يدا
وان بقيت الرقبة (قوله ولا يضمنه) أي لا يضمن المدبر المعتق (قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت)

بعض النسخ لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين ولابد من رضا المكاتب بفسخه وهذا غير صحيح
لانه عند الاعتاق ليس بحر ولا مكاتب والمستسعى عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان بمنزلة المكاتب لكنه لا
تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح عند الاعتاق مدبر فانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك
كذا نقل عن ابن المصنف وقيل المراد بقوله حر انه مدبر كنى بالحرية عن التدبير لانه يقضي عليها (قوله وقيمة
المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا) فيه اشارة الى أن فيه اختلافا قال بعضهم قيمته نصف قيمة القن وقال بعضهم
قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن (قوله ولا يضمنه قيمة ما ملكه
بالضمان من جهة الساكت لان الاعتاق وجد قبل تملك المدبر نصيب الساكت) ولكنه يستسعى العبد في

الكتابة تقبل الفسخ فقد
تقدم في فصل كفارة
الظهار انها تنفسخ بمقتضى
الاعتاق فكذلك تنفسخ
بالتراضي وقوله (على
ما قالوا) اشارة الى أن فيه
اختلافا قال بعضهم نصف قيمة
القن لان قبل التدبير كان
له فيه نوع منفعة البيع وما
شاكله ومنفعة الاجارة وما
شاكلها وقد زال أحدهما
وهو البيع وبقي الآخر
وقال بعضهم قيمته قيمة
الخدمة ينظر بكم يستخدم
هو مدة عمره من حيث الحزر
والظن والاصح ما قاله في
الكتاب لان منفعة الوطء
والسعاية باقية ومنفعة
البيع زائلة وقيل الفتوى
على الاول وقوله (ولا يضمنه
قيمة ما ملكه بالضمان)
يعني أن المدبر لما أدى
ضمان نصيب الساكت
وهو ثلث قيمته قنا ملك
المدبر نصيب الساكت
واجتمع في ملك المدبر ثلثا
العبد وله أن يضمن قيمة
ما كان له في الاصل وهو

الاعتاق ليس بحر ولا مكاتب وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند لان
أبي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب الا أنه لا تنفسخ هذه الكتابة بالرضا ولا بالتفاسخ وانما الصحيح أن يقال لانه عند الاعتاق مدبر ولا يقبل النقل
من ملك الى ملك اهـ ولك أن تقول كلام المصنف مبني على التشبيه فانه مشبه بهما على الاصلين في عدم قبول النقل (قوله وأقول للساكت حق
الاستسعاء الى قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الاعتاق فكذا تنفسخ بالتراضي) أقول هكذا وجد في بعض النسخ
الا أن قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار انها تنفسخ الخ محل بحث فتأمل فيه

الثلث مدبرا فان نصيبه بعد تدبيره كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالاعتاق فيضمن وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي
ملك على الساكت باداء الضمان لوجهين أحدهما أنه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه

لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين

وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قنا وثلثها مدبرا (لان ملكه فيه) أي في ثلثه قنا (يثبت مستندا)
الى وقت التدبير (وهو ثابت من وجه) وهو بالنظر الى حال أداء الضمان (دون وجه) وهو بالنظر الى
الحقيقة حال التدبير (فلا يظهر في حق التضمين) بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق
واستشكل بما اذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك
له مستندا أجيب بانه لما انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا
للمعتق أما ههنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء
العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله ان الملك المستند لا ينتهض
سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير ان المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذي
لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه أن يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قائم
مقامه وليس له أن يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه أعني ثلث المدبر
فانه لم يقم فيه مقام أحد ويمكن أن يدفع وروده أصل السؤال بان الكلام في أن الملك المستند لا ينتهض سببا
لضمان مفسده كالمعتق المفسد باعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت والرجوع على العبد ليس تضمينا
لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيأ بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت
وللساكت أن يضمنه فكذا من صار الملك له وقام مقامه * واعلم أنه لو لم يعتق المعتق الا بعد أداء
المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته عبدا مع ثلثه مدبرا لان الاعتاق وجد
بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته كذا قالوا والوجه على هذا أن يقال في أصل
التعليل ليس له أن يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وان لم يدفع الوارد أيضا لانه
ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا ويحتاج الى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه
دون وجه ويعود السؤال بعتق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده هذا أو ورد الطلبة على
هذا أنه ينبغي أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا الا قنا ولذا قلنا في
وجه كون ثلثي الولاء له لانه صار كانه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم الا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان
للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا الان ظهور الملك الآن لا يوجبه
والتدبير يتجزأ وذكرهم اياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج اليه اذ يكفي فيه أنه باق على ملكه حين

ذلك ولو ضمن الساكت المدبر نصيبه ثم أعتقه الثاني كان للمدبر أن يضمن المعتق ثلثي قيمته ثلثه مدبرا وثلثه
قنا لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله أن يضمن كل ثلث نصيبه ويرجع المعتق على العبد
بما ضمنه للمدبر وانما يضمن اذا كان موسرا لانه ضمان الاعتاق وانه يختلف باليسار والاعسار فان قيل
المضارب بالنصف اذا اشترى برأس المال وهو ألف عبدين قيمة كل ألف فاعتقهما رب المال عتقا وضمن
نصيب المضارب موسرا كان أو معسرا وهذا ضمان عتق ومع هذا لا يختلف قلنا هذا ضمان اعتاق هو افساد
لا ضمان سراية الفساد والاصل ان فساد الملك متى كان بطريق السراية كالعبد المشترك اذا أعتق أحدهما
نصيبه يختلف الضمان باليسار والاعسار ثم الضمان يجب بافساد الملك لان الاعتاق صادف كل واحد منهما
ملكا لرب المال لاشتغاله برأس المال غير انه انما يضمن للمضارب لتعلق حق المضارب بماليته ربع كل واحد من
العبدين (قوله هو ثابت من وجه دون وجه) لانه من حيث انه ثبت ابتداء عند أداء الضمان لم يكن ثابتا

فلا يظهر في حق التضمين
والثاني أنه لما انتقل نصيب
الساكت الى المدبر قام
المدبر مقام الساكت في
ذلك الثلث والساكت
لا يملك تضمين المعتق
فكذلك من قام مقامه
وبالوجه الثاني يندفع
ما قيل على ما في الكتاب
ان احد الشريكين اذا أعتق
نصيبه وهو موسر يضمن
للساكت قيمة نصيبه
ويرجع المعتق على العبد
وان ثبت له الملك مستندا
وهو ثابت من وجه دون
وجه ووجه ذلك أن المدبر
قام مقام الساكت باداء
الضمان وليس للساكت
تضمين المعتق لما ذكرنا
من تعين تضمين المدبر
ليكون الضمان ضمان
معاوضة لكونه الاصل
فكذلك من قام مقامه وأما
المعتق فلما قام مقام الساكت
باداء الضمان وكان
للساكت ولاية الاستسعاء
كان للمعتق أيضا تلك
الولاية

(قوله وبالوجه الثاني يندفع
ما قيل الى قوله يضمن
للساكت قيمة نصيبه الخ)
أقول كلامه هذا يتضمن
الاعتراف بقصور الوجه
المذكور في الكتاب عن

افادة المدعى سالما عن الارتياب ولك أن تقول المراد أن الملك المستند لا يظهر في حق ضمان الافساد لانه لما لم يكن ثابتا من وجه لم يكن الاعتاق
اتلافا محضا لملكه فيغلب جانب عدم الافساد والجناية على جانب الوجود بخلاف استسعاء العبد فانه ضمان الاحتباس لا ضمان الافساد على
ما مر

وقوله (والولاء بين المعتق والمدبر) اى بين عصبة المدبر (اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فان قيل لو كان اداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء ايضا لانه ادى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا

والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر

أعتق الآخر وأدى الضمان وانما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من أنه ضمان جناية لا تملك (قوله والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فان أحد ثلثيه كان نصيبه بالاصالة والآخر تملكه باداء الضمان للساكت فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له الا ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان افساد لما ذكرنا من أن المدبر غير قابل للنقل وحين أعتقه كان مدبرا ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه وفى النهاية وغيرها فى قوله والولاء بين المعتق والمدبر أى بين عصبة المدبر والمعتق لانه انما يعتق بعد الموت ونسبه لقاضيخان وهو غلط لان العتق المتجزئ توجب اخراجه الى الحرية بتخيير أحد الامور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر اياه من حين وجوده كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر الساكت فانه لا تتأخر حرية باقيه الى موته كما قدمناه أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتبا الشريكين فدبره أحدهما تقيد فى نصيبه وبقى نصيب الآخر مكاتبا من غير ضمان ولا سعاية عند أبى حنيفة لان نصيب الآخر على حاله عنده وأما ما فى الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية الا بعد عجزه عند أبى حنيفة لان الكتابة تتجزأ عنده وعندهما عتق كله والولاء له لان حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى الى أن يعجز عنه فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق اذا كان موسرا واستسعاء العبد مختارا أو جبرا باجارته فهو يحقق ما قلنا من أنه (١) لا يبقى فيه الرق الى أن يؤدى السعاية والله أعلم (قوله واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما الخ) يعنى أن ما ذكرناه الى هنا قول أبى حنيفة فاما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا لشريكه المدبر (وقد أفسد نصيب شريكيه لما بينا) فيضمن ثلثى قيمته لشريكيه (ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك) لانه أمكن على ما ذكرنا (فاشبه الاستيلاد) أى ما اذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا (بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد) لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس فى معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالاعسار واليسار واردا فيه (والولاء كله) على قولهما (للمدبر وهو ظاهر) لان العتق كله من جهته * واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الافساد فى الاعتاق لا ينافى ضمان التملك لانهما حيث قالا ان العتق يثبت من جهة المعتق فى كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت اليه والا فكيف ينزل عتقه فى جزء لا يملكه وحينئذ يجب أن يقال ضمان الاعتاق وان كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس

قبله ومن حيث انه مستند الى سبب وجوب الضمان يكون ثابتا قبل أداء الضمان فيكون ثابتا من وجه دون وجه فيظهر فى حق الضمان والمضمون له دون غيرهما لما عرف ان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها

اجيب بان ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن واما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند اداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا فثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما ان نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله (لانه ضمان تملك) اى لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد (بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية) وهو يختلف باليسار والاعسار واعترض بان قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار أردتم به مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالاعتاق والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلا أو أتلف ملكا من أملاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان أو معسرا والثانى تحكم وأجيب بان المراد الثانى والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم فى الرجل يعتق

(قوله وقوله والولاء بين المعتق والمدبر اى بين عصبة المدبر) اقول فيه بحث (قوله كما اذا اقر المشترى على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع) اقول قوله قبل متعلق بقوله اقر قال

(١) قوله لا يبقى هكذا فى النسخ ولعل الصواب حذف لا النافية فليتأمل كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى كتبه مصححه

نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد فى حصة الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس قال (وان كانت جارية بين رجلين) اذا كانت الجارية بين رجلين (زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر صاحبه فهى موقوفة يوما) اى ترفع عنها الخدمة يوما (وتخدم المنكر يوما عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية فى نصف قيمتها ثم تكون حرة) كلها (لا سبيل عليها) يعنى للمقر بالاستسعاء (لهما انه لما لم يصدقه) وتقريره ان المقر لو اقر على نفسه بالاستيلاد صح فاذا اضافه الى من يملكه ولم يصدقه فى ذلك انقلب اقراره عليه واذا انقلب اقراره عليه صار كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشترى على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها ولا يمكن للمنكر تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المنكر على ملكه فى الحكم محتبسا عند الجارية (فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصرانى اذا اسلمت) تخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها فى يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر (ولابى حنيفة أن المقر لو صدق) تقريره

قال (واذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهى موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية فى نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها) لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما اذا أقر المشترى على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه فى الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصرانى اذا أسلمت ولابى حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب

(قوله واذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبى حنيفة وأبى يوسف هى موقوفة يوما) أى لا تخدم فيه أحدا (و يوما تخدم المنكر) ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر فى نصف قيمتها فى قول أبى حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكى ولو قال أحد الشريكين فى حياة صاحبه أعتق شريكى نصيبه فانه ان لم يتمكن من تضمينه ان كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لانه لما كان متمكنا من افساده باعتاقه اعتبر اقراره بفساده ثم يسعى العبد فى تمام قيمته بينهما فى قول أبى حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وعندهما كذلك ان كان المقر عليه معسرا فان كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لانه معترف بان لا حق له فى السعاية بل فى تضمين الشريك وهو عاجز عنه لانكاره ولا بينة له وقال محمد ان شاء المنكر استسعى الجارية فى نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وضمه فى الكتاب قول أبى يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لابى يوسف ولا ينبغى مثله أن يفعل الا أن يقرن بالبيان فيقال فى قوله الاول مثلا والا أوهم أن ينسب اليه الآن ما ليس هو قائلا به واختلف المشايخ فى أن خدمة المنكر هل هى واجبة عليها على قول محمد وأبى يوسف الاول والصواب أن لا خدمة له عليها بل بمجرد اقرار المقر صار حق المنكر فى سعايتها وتخرج بها الى الحرية وفى المختلف فى باب محمد أن نفقتها فى كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا فى النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا الاليق بقول أبى حنيفة و ينبغى على قول محمد أن لا نفقة لها عليه أصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها أى تأخذ جناياتها ممن جنى عليها لتستعين بها وعلى قول أبى حنيفة جناياتها موقوفة الى تصديق أحدهما صاحبه (قوله لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كأنه هو استولدها كما لو أقر المشترى على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذى أعتق) حتى لو اشتراه عتق عليه واذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فانه لا يكون للآخر الاستخدام والمقر أيضا امتنع عليه الاستخدام لانه يدعى الملك على المنكر واذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال ان نصيبه على ملكه فى الحكم ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندها ولا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لاحد عليها فان المنكر أخذ حصته والمقر يبرئها منه و يدعى أن حقه فى تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد فصارت كام ولد النصرانى اذا أسلمت لما امتنع باسلامها مقاصد الملك عليه ولم يمكن اخراجها عن ملكه مجانا للاضرار به وجب أن تعتق بالسعاية (قوله ولابى حنيفة) وعلمت أن أبا يوسف معه (أن استحقاق المنكر نصف

(قوله فهى موقوفة يوما) أى عن خدمة سيدها و يكتسب فيه ما ينفق على نفسها (قوله ثم تكون حرة لا سبيل عليها) لانها لما أدت النصف عتق النصف فعتق الكل عندهما ضرورة عدم التجزى (قوله كام ولد النصرانى اذا أسلمت فانها تقوم قيمة عدل وتسعى فى قيمتها) لتعذر ابقائها فى ملك المولى و يده بعد اسلامها واصراره على الكفر فتخرج الى الحرية بالسعاية

موقوف على مقدمة هى أن الخبر ينقسم الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر اما أن يكون صادقا فى اقراره أو كاذبا فان كان الاول (كانت الخدمة كلها للمنكر) وان كان الثانى

(كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك) أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى وقوله (والاقرار بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب) جواب عن قولهما كأنه استولدها يعني أنه لما أقر بأمومية الولد والاقرار بها يتضمن الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب

كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد (وان كانت أم ولد بينهما فاعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها) لان مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة

خدمتها ثابت بيقين) لان المقر اما صادق فيكون جميع خدمتها له لانها أم ولده وهو مستحق خدمتها أو كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن وأما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لانه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لف ونشر مرتب وقولهما انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بامومية الولد اقرار بالنسب (وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) بنفسه حكما ثم يوجب ذلك أن يؤاخذ باقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ولا يسرى قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا الاقرار على نفسه لا من الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه (قوله وان كانت أم ولد بينهما) بأن ادعى كل منهما أنها أم ولده (فاعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها) وان كان معسرا سعت للساكت فيه وأصل الخلاف في تقوم أم الولد فعنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة (وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل) ذكرها المصنف في كفاية المنتهى احداها هذا والثانية أم الولد اذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيأ لشريكه عنده وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني اذا بلغ حدا يستسعى فيه مثله ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين اذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما ومنها لو غصب أم الولد غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن به الصبي الحر حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع يضمن عنده كما يضمن الصبي الحر بذلك لانه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها أمة

(قوله فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) جواب لابي حنيفة رحمه الله عن قولهما انقلب المقر عليه كأنه استولدها يريد به أنه لا يجعل المقر كالمستولد حتى يستسعيها المنكر والاستسعاء للاخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا فالمقر يزعم انها أم ولد صاحبه فله أن يستديم الملك الى موته والمنكر يزعم انها فيه مشتركة بينهما بخلاف ما اذا شهد أحدهما على صاحبه بالعتق ففي زعم المقر تعذر استدامة الملك فيها وليس للمقر أن يستخدمها لانه يزعم انها أم ولد الغير ولا أن يستسعيها لانه بدعوى الاستيلاد يدعي ضمان التملك ويتبرأ عن السعاية وان مات المنكر عتقت لاقرار المقر انها كانت أم ولده وقد عتقت بموته وزعم المنكر انها مشتركة وان اقرار الشريك فيها نافذ ثم تسعى في نصف قيمتها لورثة المنكر (قوله وعلى هذا الاصل) أي أصل ان أم الولد لا تتقوم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تتقوم تبتنى عدة من المسائل منها اذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما يسعى ومنها انها اذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شئ لشريكه عليه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده

أمر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا أقر بنسب صغير لرجل فكذبه المقر له ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب لا يرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وان كانت أم ولد بينهما) بأن ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه (فاعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية أم الولد غير متقومة عنده) خلافا لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى منها أنه اذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى. ومنها أنها اذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شئ عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه ان كان موسرا ويستسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها أنه اذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيأ عنده خلافا لهما

(قوله والاقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد) أقول فان قيل الاعتاق أيضا لا يرتد قلنا نعم والانقلاب فيه أيضا غير مسلم بل المقر مؤاخذ باقراره فليتأمل (قال المصنف فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) أقول لا يقال التشبيه من بعض الوجوه كامتناع البيع لانه لا يتفرع عليه حينئذ قوله فيمتنع الخدمة (قوله منها أنه اذا مات أحدهما الخ) أقول سيجيء في آخر الباب أن بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله ففي تفريع هذه المسئلة على التقوم كلام

(وجه قولهما) في تقوم أم الولد (أنها منتفع بها وطأ واجارة واستخداما) بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطء

من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما أنها منتفع بها وطأ واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر ألا ترى أن أم ولد النصراني اذا أسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع أما السعاية والاستخدام باقيان ولابي حنيفة رحمه الله أن التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر

حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه أن يرد جميع الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن (قوله وجه قولهما) وهو قول الجمهور (أنها منتفع بها وطأ واجارة واستخداما) وكذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لي حر عتقت وهذا هو دلالة التقوم والفائت ليس الا مكنة البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والآبق وامتناع سعايتها لغرماء المولى أو ورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته الدفع حاجته كي لا يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصها لا يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية وعدمها (وهذا) أي الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه (دلالة التقوم) لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا ثبوت حق الحرية ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم ألا يرى أن أم ولد النصراني اذا أسلمت سعت له وهذا آية التقوم في أم الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد النصراني فاذا ثبت التقوم في احداهما ثبت في الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت أمه أم ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثاني اجماع مركب وأيضا ثبتت ماليتها فلا تخرج عنها الا بمقتض وحق الحرية الطارئ بالاستيلاد ليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتهما فيه (قوله غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات) منفعتين (منفعة البيع والسعاية بعد الموت) والباقي منفعة من ثلاث فحصتها ثلث القيمة (بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع) فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قنا وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف وقد بيناه في الكلام على قيمة المدبر في مسئلة عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر (قوله ولابي حنيفة) الحاصل أن ما ذكر من اللوازم انما هي لوازم الملك بعضها أعم منه يثبت

وعندهما يضمن نصيب شريكه ان كان موسرا وسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها أمة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة أشهر بعد البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعلى البائع أن يرد جميع الثمن ولم يكن له أن يحبس بازاء الام شيأ عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن ومنها اذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيأ عنده خلافا لهما وذكر محمد رحمه الله في الرقيات ان عند أبي حنيفة رحمه الله أم الولد تضمن بالغصب على نحو ما يضمن الصبي الحر حتى لو ماتت حتف أنفها لم يضمن الغاصب ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان الجناية لا ضمان الغصب ألا ترى انه يضمن الصبي الحر بمثله والذي يوضح كلام أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه ان الباقي للمولى على أم ولده ملك الخدمة والمتعة وملك المتعة والمنفعة لا يضمن بالاتلاف ولا بالغصب بخلاف المدبرة فالباقي عليها ملك المالية حتى يقضي دينه من ماليتها بعد موته والمال يضمن بالاتلاف كذا في المبسوط (قوله وجه قولهما انها منتفع بها وطأ واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم) لان الوطء لا يستباح الا بملك النكاح أو اليمين ولم يوجد الاول فتعين الثاني وبقاء الملك آية بقاء المالية والتقوم اذ المملوكية في الآدمي ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافي التقوم اذ هو عبارة عن استحقاق لا يرد عليه الابطال بالبيع ولا تنافي بينه وبين التقوم (قوله ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم) لان الآدمي ليس بمال متقوم في الاصل لانه مخلوق ليكون مالكا للمال الا ليصير مالا ولكن متى صح احرازه على قصد التمول صار مالا متقوما فيثبت به ملك

لا يكون الا بملك اليمين عند عدم النكاح (ألا ترى أن أم ولد النصراني اذا أسلمت عليها السعاية) ولو لا تقومها لم يكن كذلك فان عورض بان بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم أجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر وقوله (غير أن قيمتها) بيان لمقدار القيمة وهو واضح (ولابي حنيفة أن التقوم بالاحراز) للتمول ولا احراز للتمول في أم الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله (لا للتقوم) معناه للتمول وكذلك في قوله (والاحراز للتقوم تابع) أي ليس بمقصود لانه اذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازها للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول وقوله (ولهذا لا تسعى لغريم) جاز أن يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعني أنه لو كان مقصودا لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرماء به بعد موته لكن اللازم باطل فكذلك الملزوم وجاز أن يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم وقوله (بخلاف المدبر) جواب عن قولهما كما في المدبر يعني

(قال المصنف وهذا هو دلالة التقوم) أقول فيه بحث لان أبا حنيفة يقول بل هذا هو دلالة الملك وهو غير التقوم ثم اعلم أن في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة كما سيجيء في كتابة العبد المشترك من العناية وغيرها

وهذا لان السبب فيها متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ماعرف فى حرمة المصاهرة الا أنه لم يظهر عمله فى حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب فى اسقاط التقوم وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت

مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة فان الوطء يثبت ولا ملك له فى المنكوحة والاستخدام والاجارة تثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام فى ملك الرقبة انما الكلام فى التقوم والمالية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز مالا متقوما الا بالملك وان ثبت معه والآدمى وان صار مالا متقوما بعد ان لم يكن فى الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا أحرز للتمول وأم الولد اذا أحرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان أول تملكها كان للتمول لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرناه وهذه المقدمة تقبل المنع أعنى انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بان يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجوابه أنه وان لم ينافه لكنه تابع فصار الاحراز فى حق التقوم كالمنتفى و يدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها لغريم أو وارث وان لم تخرج من الثلث أو لا مال له سواها وعليه ديون فان ما كان مالا متقوما فى حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو فى بعض الصور كالمدبر لما لم يخرج من الثلث أو خرج والتركة مستغرقة تعلق به فيظهر أنه يعتبر حالة الحياة مالا غير أنه موصى به واذا لم يمكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسعى فى قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وأم الولد حيث ثبت التقوم فى المدبر وردعليه لو كان متقوما جاز بيعه فاجاب عنه بان عدم جواز بيعه لتحقق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته والجواب عن الزام التقوم بام ولد النصرانى بمنع تقومها والزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة اذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فانزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة الى التقوم لانه فى أصله بمقابلة ما ليس بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم فالامور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس فى محلها من تلك الضرورة أو نقول هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتنى على اعتقادهم كما فى مالية الخمر أو ان ملكه لما احتبس عندها المعنى من جهتها كان مضمونا عليها وان لم يكن متقوما كالقصاص اذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله و بهذا تم الوجه لابى حنيفة وأما قوله فى الكتاب (وهذا لان السبب فيها) أى فى أم الولد (متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد) فغير متوقف عليه الاثبات اذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعنى أن حكمة اسقاط الشرع تقومها ثبوت الجزئية بينها و بين مولاها الحر الى آخر ما ذكر فى المصاهرة كما أشار اليه عمر حيث قال كيف تبيعونهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم وكان مقتضاه أن تتنجز حريتها لكن انعقد الاجماع على عدمه فبقى فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الاجماع عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه السلام أعتقها ولدها بهذا الطريق وهو أنه يدل على تنجز العتق لكن الاجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية فبقى فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم فان قيل فالتدبير أيضا كذلك أى سبب فى الحال للعتق لما ذكر فى بابه فيجب أن ينتفى تقوم المدبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد فالجواب أن ثبوت سببية التدبير فى الحال على خلاف القياس فى سائر التعليقات لضرورة هى أن تأخيره كغيره من التعليقات يوجب بطلانه لان ما بعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه اليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره فى حرمة البيع خاصة لا فى سقوط التقوم بل يبقى فى حق

المتعة تبعا فاذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه لها كان للملك المتعة لا لقصد التمول فصار فى صفة المالية كأن الاحراز لم يوجد أصلا فلا يكون مالا متقوما وقوله والاحراز للتقوم تابع للاحراز للنسب فكانت محرزة احراز المنكوحات لا احراز المملوكات فلا يعتبر الاحراز للتقوم (قوله وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت) هذا يناقض

بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء وقوله (وهذا) اشارة الى الفرق بين أم الولد و بين المدبر و بيانه (أن السبب فيها) أى فى أم الولد (متحقق فى الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ماعرف فى حرمة المصاهرة) وكان ذلك يقتضى سقوط الملك والتقوم جميعا (الا أنه لم يظهر عمله فى حق زوال (الملك ضرورة الانتفاع) كما لم يظهر فى زوال ملك النكاح لذلك ولا ضرورة فى اسقاط التقوم فعمل فيه السبب وأما فى المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لان قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ماعرف

وامتناع

وقوله (وامتناع البيع فيه) جواب عن قولهما و بامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المدبر الا أنه انما امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته وقوله (وفى أم ولد النصرانى) جواب عما قاسا عليه وقوله (قضينا بتكاتبها عليه) ليس المراد به حقيقة التكاتب ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت فى معنى المكاتبة وانما فعلنا هكذا (دفعا للضرر عن الجانبين) أما فى حق أم الولد فلئلا تبقى تحت يد نصرانى وهى مسلمة وأما فى حق النصرانى فلئلا يبطل ملكه مجانا فاذا كانت هى فى معنى المكاتبة كان ما أدته فى معنى بدل الكتابة و بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه فى الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان تكاتبها لم يقتض تقوم أم ولد النصرانى فاطرد ما قلنا والله أعلم

وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفى أم ولد النصرانى قضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عن الجانبين و بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

(باب عتق أحد العبدين)

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حر

سقوط التقوم على الاصل يعنى فتتأخر سببيته لسقوط التقوم الى ما بعد الموت وعلى هذا يحمل قول المصنف وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت و يندفع عنه الزام التناقض وذلك أن كلامه فى سقوط التقوم لام الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم فى أم الولد ثابت فى الحال وسبب سقوطه فى المدبر متأخر الى ما بعد الموت كما بينا

(باب عتق أحد العبدين)

هذا أيضا من عتق البعض غير أن الاول فى بعض الواحد وهذا الكلام فى بعض المتعدد فنزل الاول من هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول فى عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد (قوله ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر) وهو الباقى من الاعبد الثلاثة (فقال) المولى (أحدكما حر) فالمسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يبين العتق قبل الموت والثانى أن يموت المولى قبل بيانه وهى مسئلة الكتاب والثالث أن يموت العبد قبل البيان وحكم هذا القول اذا وقع منه أن يؤمر المولى بالبيان وللعبيد مخاصمته فى ذلك فاذا بين العتق فى الثابت وهو العبد الذى لم يخرج بالكلام الاول عتق و بطل الكلام الثانى لانه حينئذ جمع بين حر وعبد وقال أحدكما حر انشاء فى المبهم الدائر بينهما ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل انشائيته وصار خبرا بان أحدهما حر وهو لثابت (١) فلا يفيد فى الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه فى المعين والعتق المبهم لا ينزل فى المعين فصار بيانه فى الثابت كانه انشاء لان العتق فيه بعد ما أعتق الاحد الدائر بينه و بين الخارج بالكلام

ماذكر فى التدبير من قوله ثم جعله سببا فى الحال أولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية و يمكن أن يقال الاصل ان المعلق سبب عند وجود الشرط فالتدبير تعليق العتق بالموت فكان امتناع البيع والهبة ضرورة تحقيق مقصود المدبر و ينعقد سببا للحرية عند الموت كما فى سائر التعليقات ولهذا اعتبر من الثلث بعد قضاء الديون فظهر ان المراد من قوله وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت أى فى حق سقوط التقوم وثبوت الحرية و يدل عليه انه أخرج هذا الكلام بمقابلة أم الولد ومن قوله فى باب التدبير جعله سببا للحال أولى فى حق امتناع البيع والهبة فيرتفع التناقض (قوله فقضينا بتكاتبها) أى جعلنا هذا فى معنى المكاتبة دفعا للضرر من الجانبين من جانب أم الولد ومن جانب النصرانى و بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم لانه مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم لانه اسقاط أولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما وقد احتبس عندها المعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وان لم يكن مالا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القابل يلزمه بدله أو يقال ان الذى يعتقد فيها المالية والتقوم ويحرزها لذلك لانه يعتقد جواز بيعها وانما بنى فى حقهم الحكم على اعتقادهم كما فى مالية الخمر والله أعلم بالصواب

(باب عتق أحد العبدين)

لما فرغ من بيان عتق بعض العبد بين عتق أحد العبدين وقدم الاول لان الواحد قبل الاثنين (ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حر) ولم يسم كلا منهم باسم الفعل الذى اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يؤمر المولى بالبيان ما دام حيا لانه هو المجمل فيرجع فى البيان اليه و يعتق الذى عينه فان بين الكلام الاول فى الخارج عتق الخارج و يؤمر بالبيان فى الكلام الثانى و يعتق من عينه وان بين الكلام الاول فى الثابت عتق الثابت و بطل الكلام الثانى لانه صار خبرا فلا يستحق به العتق كما لو جمع بين حر وعبد وقال أحدكما حر لا يعتق

(باب عتق أحد العبدين)

(١) قوله فلا يفيد فى الخارج هكذا فى النسخ ولعل الظاهر فلا يفيد فى الداخل تأمل اه من هامش نسخة العلامة البحراوى

ثم مات ولم يبين عتق من الذى أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك الا فى العبد الآخر فانه يعتق ربعه) أما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير أن الثابت استفاد

الثانى ولو نجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان أجيب بان البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث ان وقوع العتق الاول فى المعين به لا يكون بالعتق الاول فقط لانه عتق مبهم وهو غير المعين يكون انشاء ومن حيث ان المولى يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على انشاء العتق يكون اظهارا فعلى تقدير الانشاء يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال ويؤمر ببيان الكلام الثانى ويعمل ببيانه وان بدأ ببيان الكلام الثانى فقال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق ويؤمر ببيان الاول فايهما بينه من الخارج والثابت عمل به وان قال عنيت بالكلام الثانى الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل لان حال وجوده كانا رقيقين وان لم يبين المولى شيا حتى مات أحد العبيد فالموت بيان أيضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول والخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثانى لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثانى لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل أمر ببيان الاول فان عنى به الخارج عتق الثابت أيضا بالايجاب الثانى وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثانى لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان فهى مسئلة الكتاب واتفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت واختلف فى الداخل ومذهب أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يعتق نصفه أيضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الارباع مع قولهما بعدم تجزى الاعتاق والجواب أن قولهما بعدم تجزيه اذا وقع فى محل معلوم أما اذا كان الحال انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهى مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة والحاصل أن عدم التجزى عند الامكان والانقسام هنا ضرورى ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق منه البعض الذى ذكر لا يقر فى الرق بل يسعى فى باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن أن نقول يعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى فى ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول أبى حنيفة غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده وعندهما يسعون وهم أحرار اذ الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجانا الا أن يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقى الى أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما ورد على ذلك الطالب بانه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى أحدكما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل أحدكما لا يؤدى معنى كلا كما وقد يدفع عنه هذا بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما للضرورة التى اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه فى الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله أعتقت نصفك فكما يقع انعتاق النصف انعتاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل أنه لا موجب أصلا لحر وجهما عن أصلهما وموافقة أبى يوسف أبا حنيفة فى عتق نصف الداخل لا توجب موافقته فى التجزى ووجه الاتفاقية ماذكره المصنف بقوله (أما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف) اذ لا مرجح (غير أن الثابت استفاد

(قوله ثم مات ولم يبين) ومادام حيا يؤمر بالبيان لان الابهام منه فان عنى بالكلام الاول الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثانى لانه عتق دائر بين الحر والعبد فان قيل العتق المبهم معلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الانشاء فلا يصير جامعا بين الحر والعبد فينبغى أن لا يبطل الايجاب الثانى قلنا العتق

العبد وان بدأ ببيان الكلام الثانى وقال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان قال عنيت بالكلام الثانى الثابت عتق الثابت بالكلام الثانى وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج أيضا (وان مات ولم يبين عتق من الذى أعيد عليه القول) يعنى الثابت أعيد عليه قوله أحدكما حر (ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين) يعنى الخارج والداخل (عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد كذلك) يعنى يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه (الا فى العبد الآخر) وهو الداخل فانه يعتق ربعه) باعتبار الاحوال والأصل فى اعتبار الاحوال فى حالة الاشتباه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث

(قوله ثلاثة أرباعه) أقول فاعل عتق

بالايجاب الثانى ربعا آخر لان الثانى دائر بينه وبين الداخل وهو الذى سماه فى الكتاب آخرا فيتنصف بينهما غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثانى فى نصفيه فما أصاب المستحق بالاول لغا وما أصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو أريد هو بالثانى يعتق نصفه ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثانى والنصف بالاول وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثانى بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع فى حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا

بالايجاب الثانى ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما) لكن نصف الثابت شاع فى نصفيه فما أصاب منه المعتق بالاول لغا وما أصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولانه لو أريد الثابت بالثانى يعتق نصفه) الباقى ولو أريد الداخل لا يعتق منه شئ فعتق نصفه فى حال ولم يعتق منه شئ فى حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة الارباع ووجه المذكور لمحمد فى الداخل أن الايجاب الثانى دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل (قوله وهما يقولان) حاصله أن اصابة الربع عندهما ليس قضية الكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه فى كله ونصفه شائعا معتق فما أصاب منه هذا النصف لغا وما أصاب القن عتق فلغا ربعه وهذا المعنى منتف فى النصف الذى أصاب الداخل وقد علمت آنفا أن محمدا لم يوافق على هذا التوجيه وتقدم له أيضا أن الايجاب الثانى صحيح فى حالة وهى أن يريد بالكلام الاول الخارج غير صحيح فى حالة أخرى وهى أن يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شئ أصلا فانتصف الثابت به فأصاب كلا ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه واذا عرفت هذا ظهر أن المذكور فى وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف أصلا بل

المبهم وان كان معلقا بشرط البيان الا ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه فالنظر الى كون البيان انشاء يقتضى أن لا يبطل الاعتاق الثانى فيفيد العتق فى الداخل والنظر الى كونه اظهارا يقتضى أن يبطل والعتق فى الداخل لم يكن فلا يثبت بالشك فبطل الايجاب الثانى وان عنى بالكلام الاول الخارج عتق الخارج بالكلام الاول ويؤمر ببيان الكلام الثانى لصحته لكونه دائرا بين العبدين هذا اذا بدأ بالكلام الثانى وقال عنيت به الثابت عتق الخارج بالكلام الاول لان الكلام الاول كان دائرا بينهما فاذا عتق الثابت بالكلام الثانى يعتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل الايجاب الاول لان حال وجود الايجاب الاول كانا رقيقين بيقين لان العتق على الثابت انما يقع بالايجاب الثانى بعد وجود الايجاب الاول بخلاف المسئلة الاولى وان قال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول فان لم يبين المولى شيا ومات أحدهم فالموت بيان أيضا فان مات الخارج تعين الثابت بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثانى وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثانى لان الثابت يزاحمهما ولم يبق وان مات الداخل خير فى الايجاب الاول فان عنى به الخارج تعين الثابت بالايجاب الثانى وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثانى لما مر فان لم يعتق واحد منهم ولكن مات المولى قبل البيان شاع العتق بينهم على اعتبار الاحوال فان قيل ينبغى أن يعتق كل واحد ولا يسعى فى شئ خرجوا من الثلث أولا عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فاذا ثبت فى بعضه ثبت فى كله قلنا الاعتاق عندهما لا يتجزأ لانه صادف محلا معلوما أما اذا ثبت بطريق التوزيع باعتبار الاحوال فلا لانه حينئذ ثبت ضرورة والثابت بها يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها (قوله فما أصاب المستحق بالاول لغا) فان قيل لم لا ينصرف ما أصاب الثابت من الايجاب الثانى

أنا سالى بنى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود منهم كان محتملا أن يكون لله تعالى فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وأن يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا تجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه أوجب النصف وأسقط النصف وعلى هذا مسائل أصحابنا فان قيل ما بال أبى حنيفة فى الخنثى يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال أجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار

ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف

أصابه الربع ابتداء بما ذكر من الوجهين * واعلم أن قولهم يريد الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل أن يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه وللشافعي في أصل المسئلة قولان في قول يقرع بينهم وفي الاصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان وعند أحمد يقرع بينهم وكذا اذا قال لعبديه أحدكما حر يقرع بينهما فان خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الآن يقول كنت نويته عند التلفظ انا نافي تاصيل اعتبار الاحوال مار وي أنه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا لاعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما فيجب كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة رواه الجماعة الا البخاري وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا وقد علمت أن ما صح سنده جاز أن يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه قالوا هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا الا ان ظهر كذا وأما قضاء العادة بخلافه فانها قاضية بنفي أن واحدا يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شيء قليل ولا كثير وما قيل من أنه قد يتفق للعرب ذلك ليأخذوا غلتهم أو يكون وقع له ذلك في غنيمة ان كان مع الفرض الذي فرضناه من عدم شيء قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضا مما تقضي العادة بنفيه لانه أندر نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا في المنفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس أنه يحكم بغلطه وصار هذا من جنس خبر الواحد فيما تعم به البلوى وأما ما قيل انها واقعة حال فلا تعم فليس بشيء لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ارتكابه وتقرر الحكم به والا فله يلزم فيما استدللتم به لاعتبار الاحوال من قصة الخثعميين بلا فرق وكذا نحوه من أوجه ضعيفة فتوحقيقة الوجه ليس الا دلالة العادة والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلط من بعض رواته عن عمران ولذلك أجمع على عدم الاقراع عند تعارض البينتين للعمل باحدهما وعلى عدمها أيضا عند تعارض الخبرين ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها شرعا لتطييب القلوب ودفع الاحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا الا أنه ربما يتسارع الضغائن الى من يخصها من بينهن فكان الاقراع لتطييب قلوبهن وكذا اقراع القاضي في الانصباء المستحقة البداية بتحليف أحد المتحالفين انما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل أنها انما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه استهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان لذلك والا فهو كان احق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والله أعلم فاما أن يتعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فاولى منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدي الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم يقع في كل منهم منه شيء فاذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه بخلاف ما اذا وزع فانه ينال كلا شيء وأما اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشر جوار اذا أعتق أحدهم جاريته ثم لم تدر وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة اعشارها ففيه اصابة المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز أن يفوتها كل

الاحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال أو النساء لابد أن يتغلك لها ثدي أو تنبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار) أقول يعني أن الكلام في المستمر على الاشكال

الى نصفه الفارغ تصحيحا للتصرف بقدر الامكان كما في عقد الصرف قلنا لو لم يصرف الجنس في عقد الصرف

قال

هذا اذا كان في الصحة (فان كان القول منه في المرض) فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك وان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته فيجعل أولا كل رقبة على أربعة أسهم (لحاجتنا الى ثلاثة الارباع) فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الارباع وهي ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع احدا وعشرين وثلثاه أربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في الاربعة وأما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم فكانت سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلاثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا أجازت الورثة أو لم يجيزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزأ أجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزأ اذا صادف محلا معلوما أما اذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وما كان كذلك لا يتعدى موضعها (قوله ولو كان هذا) أي ولو كان هذا الكلام (في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه

قال (فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلابد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة ويعتق من الباقيين من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر (ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه

حقها (قوله فان كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المصنف (وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما على قول محمد فستة وذلك (لانا نجعل كل رقبة على أربعة) وانما نجعل كل رقبة على أربعة (لحاجتنا الى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه) من أربعة (ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة) خارجة من الثلث فلابد من كون سهام الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال أحدا وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت الى ثلاثة أسباعه وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع وأما قول محمد فانما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدسا وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتق من مستحق ثلاثة الارباع على قوله نصفه وعلى قولهما يعتق منه نصفه الا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة وعلى قولهما يعتق ثلثه الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف (قوله ولو كان هذا في الطلاق) يعني قال لزوجتين له احداكما طالق فخرجت احداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احداكما طالق (وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه) ووجب لها ثلاثة أرباعه (ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه) ووجب

الى خلافه يلزم بطلان أصل العقد وهنا ان لم يصرف العتق الى نصفه الفارغ لم يبطل أصل الاعتاق ولان

الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه

(قوله فان قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا الخ) أقول قوله ولا سعاية عليهم منظور فيه وقوله لان الاعتاق لا يتجزأ لا يفيده فان كل واحد منهم يكون عندهما حينئذ حر امديونا يسعى في دينه فليتأمل فانه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعاية للخلاص من الرقية الا يرى الى وجه الفرق عند أبي يوسف حيث جعل كلا من العبدين محلا للعتق والى قولهم بالتجزي في الطلاق مع أنه أبعد منه من العتاق لكونه محلا للاجتهاد فيه (قوله أجيب بان الاعتاق الخ) أقول يورد هذا الجواب في فتح القدير فراجعه ان شئت (قوله لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة الخ) أقول الشيء اذا ثبت ولو بالضرورة ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم الاعتاق عندهما أن يسري ولا يتجزأ فيظهر ذلك بملاحظة ما ذكراه في تعليل عدم

ومن مهر الداخلة ثمنه) وهى مسئلة الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن فى الصداق بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا فى الايجاب الثانى (فقيل هذا قول محمد) فلا يكون حجة عليهما لان عندهما يسقط ربعه (وقيل هو قولهما أيضا) فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان الثابت فى العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق الى أيهما شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حرا من وجه عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثانى صحيحا من كل وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فأما الثابتة فى الطلاق فمترددة بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون اجنبية لان الخارجة اذا كانت مرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثانى وان كانت الثابتة هى المرادة بالايجاب الاول كانت أجنبية فيلغو الايجاب الثانى فجعلت أجنبية من وجه دون وجه فيصح الايجاب الثانى من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة (٢٨٦) والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن وأما التفريعات فمنها ما ذكرنا فى أول البحث اذا كان المولى والعبيد أحياء ومنها اذا كان المولى حيا ومات احد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل أما الخارج فلان الكلام الاول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته وكذلك الكلام الثانى أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما وأما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا وأما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بموته ظهر أن الكلام الثانى صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وان مات الداخل قبل المولى أوقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت فان أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضا لانه ظهر أنه كان عبدا عند الايجاب الثانى و بطل مزاحمة الداخل بموته وان أوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال الامام فخر الاسلام فى شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما فيجب أن يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثانى صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فاوجب تعينه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول و بطل الكلام الثانى لان المضموم اليه حر هذه تفريعات العتاق وأما تفريعات الطلاق فمنها أن الزوج اذا كان حيا والنسوة أحياء و أوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثانى وله الخيار فى تعيين الثابتة أو الداخلة بالثانى وان أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثانى وان أوقع الطلاق الثانى على الداخلة كان له الخيار فى تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الاول ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حى طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر وان ماتت الداخلة كان مخيرا فى الآخريين بالكلام الاول فان أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة فان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر فى مسئلة العتاق ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة

(ومن مهر الداخلة ثمنه) قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما أيضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها فى الزيادات

لها خمسة أثمانه (ومن مهر الداخلة ثمنه) ووجب لها سبعة أثمانه فالزمهما محمد رحمه الله المناقضة فان سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها و بين الثابتة يسقط به نصف مهر من مهريهما ليست احداهما أولى بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثانى موجب فى حال هى أن ترادالخارجة دون حال وهى أن ترادالثابتة لانه يصير جامعا بين أجنبية ومنكوحة لانه لا عدة لانه قبل الدخول فيتنصف و يثبت به سقوط الربع موزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم الى ما سقط مع الاولى فيتم لها ثلاثة أثمانه فهب مثله فى مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لان الثمن فى الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المصنف فى جوابه (قيل هذا) أى المذكور فى الطلاق (قول محمد وحده أما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة) لا الثمن فلا يتم به الالزام (وقيل) بل (هو قولهما أيضا) والفرق ذكر المصنف أنه ذكره فى زياداته وذكر تمام تفريعاتها أيضا فيها أما التفريعات فما قدمناه فى بيان العتق قبل موت أحد و بعد موت أحد العبدين وأما التفريعات فى الطلاق فمنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والاولين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاولين أعنى الثابتة والنصف الآخر بين الاولين لان احداهما ليست أولى به من الاخرى ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حى طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا فى العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة أرباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الاول فان أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة

مقصود العاقدين تصحيح تصرفهما ثمة وهنا جاز أن يكون المراد من الايجاب الثانى الاخبار لا الانشاء على اعتبار أن يكون المراد بالاول هو الثابت فاذا لم يتيقن بكونه قاصدا للانشاء فى الايجاب الثانى جرينا على قضية شيوع الكلام (قوله وقيل هو قولهما أيضا) وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها فى الزيادات والفرق

يتجزى الاعتاق (قوله كانت أجنبية الخ) أقول اذا الكلام فى الطلاق قبل الدخول ولا عدة عليها حينئذ

(ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر بعد موتى عتق الآخر) لانه لم يبق محلا

أيضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت وان أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا فى مسئلة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول فى الخارجة صح وعليه بيان الثانى وله الخيار فى تعيين الثابتة أو الداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثانى وان أوقع الطلاق الثانى على الداخلة كان له الخيار فى تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الاول وان أوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة أيضا لما تقدم وأما الفرق فهو أن الكلام الثانى فى العتق صحيح من كل وجه فى حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا فى حق الثابت أما على قول أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لانه عتق نصفه وهو يقول بتجزى الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثانى بالنسبة اليه أيضا بخلاف الطلاق لانه ليس بين كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثانى فيه دائرا بين كونه موجبا لسقوط النصف وكونه غير موجب شيأ بخلافه فى العتق وأما على قول أبى يوسف وهو لا يقول بتجزى الاعتاق فلأن الثابت دائر بين أن يكون حرا و بين أن يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ما ذكرنا لابى حنيفة ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول أبى حنيفة فيصير بذلك مكاتبا فى الايجاب الثانى انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف أحد به لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فقد يقال من طرف محمد رحمه الله ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدور ما يجب اعتباره وحال صدور الايجاب الثانى لم يكن فى الثابت عتق أصلا و يجاب بانه انما يجب الاعتبار حال صدوره اذا كان لنعرف حكمه اذ ذاك ونحن انما نريد أن نعرف حكم الكلام بعد الموت وفرق آخر وهو أن الكلام الاول يعتبر تعليقا فى حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق أما البراءة عن المهر فلا تحتمله من جهة الزوج فان البراءة انما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزا فى حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثانى مترددا بين أن يوجب أو لا يوجب شيأ فاوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالاول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمنا واحدا هذا ولا يخفى أن تخصيص أبى يوسف فى الفرق بما ذكر يقتضى أنه لا يقول بتجزى الاعتاق فى الاعبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال (قوله ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أو مات أو قال له) أى لاحدهما (أنت حر بعد موتى عتق الآخر) المقصود ذكر ما يقع به البيان فى العتق المبهم ومعلوم أن العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعى ومالك وعند أحمد لا بيان الا بالقرعة و باللفظ لا يصح الا أن يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق أصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت أن يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذى قلته أو يقول أنت حر بذلك العتق أو أعتقتك بذلك العتق أما اذا اقتصر على قوله أنت حر ثم قال أردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيأ عتق هو والآخر معا لان هذا عتق آخر نازل بغير الاول و به لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا أو بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا أو فاسدا مع قبض ودونه فى الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا له عن الملك كما لو نجز عتق أحدهما أو باعه أو لا ولذا عتق الآخر بالمساومة فى صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه فى الذى تصرف فيه فيقع

واضح على أصل أبى حنيفة رحمه الله لان الاعتاق عنده يتجزأ فكان الرق ثابتا فى الثابت فصح الايجاب الثانى من كل وجه كما مر وأما الطلاق فلا يتجزأ فاذا أصابها جزء من الطلاق صارت مطلقة فكان جامعا بين مطلقة وغير مطلقة قائلا أحداكما طالق فلا يصح انشاء لوقوعه اخبارا فلم يصح الايجاب الثانى بكل حال

والاولين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاولين والنصف الآخر بين الاولين لان احداهما ليست باولى به قال (ومن قال لعبديه أحدكما حر) كلامه على ما ذكر فى الكتاب واضح خلا أن قوله لانه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت أورد عليه ما لو قال لامتيه احدى هاتين ابنتى أو أم ولدى وماتت احداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد فى الحية وأجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار و يجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحى فيرجع الى بيان المولى وأما الانشاء فلا يصح الا فى الحى وأما فى مسئلتنا فانما يتعين أحدهما للحرية اذا مات الآخر لان البيان قائم بوصفين بوصف

(قوله لا يزاحمها الا احدى الاولين) أقول يعنى الثابتة

للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احداهما

بيانا العتق الآخر وحكما كما اذا مات أحدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختياريا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قرينه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه ولا بد من عتق أحدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في العتق المبهم المعلق كان قال اذا جاء زيد فاحدكما حر فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد رأيت أنه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال أنت حر ان دخلت هذه الدار وهذه ثم عين احداهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كلاهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد يثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت فانت حر ثم قال له مع آخر أحدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب أو رهن أو آجر يكون بيانا ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لا يكون بيانا (قوله لانه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع) أي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه (وللعتق من كل وجه) أي ولم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله أحدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت (فتعين الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير) قصد (استبقاء الانتفاع) به مدة حياته وان يعتقه بعد موته (والمقصودان) يعني الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت (ينافيان العتق الملتزم) بالايجاب المبهم فيتعين له الآخر دلالة (قوله وكذا اذا استولد احداهما)

ولان العتق المبهم معلق بشرط البيان فلا يكون الايجاب الثاني مترددا بين الصحة والبطلان وأما الطلاق في حق البراءة عن المهر لا يقبل التعليق بالشرط فيكون الايجاب الاول في حق هذا الحكم وهو البراءة عن المهر مترددا بين الصحة والبطلان فنزل حكمه وهو سقوط نصف المهر لكان التردد الى الربع موزعا على الثابتة والداخلة فيفيد سقوط الثمن من مهر كل واحد منهما والفرق لابي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه يوجد شخص مترددا الحال بين الحرية والرق ويكون محلا لانشاء العتق وهو المكاتب والثابت بهذه المثابة لتردد حاله بين الرق والعتق فيكون محلا للايجاب الثاني فامكن تصحيح الكلام الثاني من هذا الوجه بكل حال فاما في الطلاق فلا يوجد شخص مترددا الحال بين أن تكون مطلقة ومنكوحة ثم يصح ايقاع الطلاق عليها فلا وجه لتصحيح الكلام الثاني من كل وجه فقلنا ان صح سقط به نصف المهر وان لم يصح لم يسقط به شئ فيسقط به ربع المهر ثم يتردد هذا الربع بين الداخلة والثابتة فيصيب الداخلة نصف الربع وهو الثمن فلهذا سقط ثمن مهرها ولا يقال المعتدة مترددة الحال لان هذا طلاق قبل الدخول فلا يوجب العدة وأما حكم الميراث فللداخلة نصفه والنصف بين الخارجة والثابتة نصفان لان الداخلة وارثة بيقين ولا يزاحمها الا امرأة واحدة لان أحد الاخريين مطلقة بيقين بالايجاب الاول وهذا لانه ان أريد بالايجاب الاول الثابتة بطل الايجاب الثاني فكانت الداخلة وارثة وان أريد بالايجاب الاول الخارجة فالايجاب الثاني دائر بين الثابتة والداخلة وليست احداهما باولى من الاخرى فيتنصف الارث بينهما فكيفما كان فالداخلة وارثة ولا تزاحمها الا امرأة فالنصف لها والنصف الآخر بين الاخريين نصفان وعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة احتياطا لاحتمال كونها منكوحة ولا تتصور عدة الطلاق لعدم الدخول (قوله وكذا اذا استولد احداهما بان وطئ احداهما) فعلقت منه لانها

الانشاء ووصف الاظهار وهذا لان قوله أحدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت فبالنظر الى هذا يكون البيان انشاء ومن حيث ان العتق لا يعدوهما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع المال ان كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة وقوله (وكذا اذا استولد احداهما) يعني اذا وطئ احداهما فعلقت منه لانها صارت أم ولد له فمن ضرورة صحة أمية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احداهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة

وقوله (للمعنيين) يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته (ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه و) البيع (المطلق) عن الخيار (و) البيع (بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقيده بشئ (والمعنى ماقلنا) وهو أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين الآخر له

للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ماقلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذلك لو وطئ احداهما لما بينا (ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق) لان الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوأة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق

أي اذا وطئ احداهما فعلقت لانها صارت أم ولد له فتعينت الاخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبر وقصدا بقائها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطء بالعلق لان الوطء غير المعلق ليس بيانا عند أبي حنيفة كما سنذكر واستشكل على تعين الآخر بموت أحدهما ما لو اشترى أحد العبدين وسمى ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع أن بالموت لم تبق محلية البيع كما لم تبق محلية العتق وما لو قال لامتيه احدى هاتين بنتي أو أم ولدي ثم ماتت احداهما لا تتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الاول بالفرق بان عند اشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لانه تعذر رده كما قبضه فانه لا يخلو عن مقدمة تعييب فانما تعين للبيع وهو حي لا ميت ولا يتعين العتق بالاشراف على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا العدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بانه ليس ايقاعا بصيغته بل اخبار ويجوز أن يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله (لاطلاق جواب الكتاب) يريد الجامع الصغير وقوله (والمعنى ماقلنا) أي من أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق (قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك) روى عن محمد في الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر قالوا ذكره الاقباض توكيدا لا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك ولان المساومة اذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل في طريق الملك أولى أن يعينه (قوله وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما) يعني تطلق الحية (لما قلنا) في العتق من عتق الباقي بموت أحدهما لعدم محلية العتق (وكذا الوطء احدى المرأتين تطلق الاخرى لما بينا) في مسئلة الامتين التي تليها (قوله ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما) ولم تعلق (لم تعتق الاخرى عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد أما لو علقت عتقت الاخرى اتفاقا ولو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق (وقالا تعتق) وبه قال الشافعي ومالك في رواية (لهما أن الوطء لا يحل الا في ملك) واحداهما ليست في الملك لعتق احداهما بذلك الكلام ولذا لو قتلهما انسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطء احداهما مبينا للمستبقى لملكها (فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق) المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احداكما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال

صارت أم ولد له فمن ضرورة صحة أمومية الولد واستحقاق العتق انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احداهما تعين في الاخرى لزوال المزاحمة (قوله للمعنيين) أحدهما انه لم يبق محلا للاعتاق من كل وجه والثاني انه قصد الابقاء على ملكه الى زمان الموت (قوله والمعنى ماقلنا) أي من قصده الوصول الى الثمن (قوله في المحفوظ عن أبي يوسف رحمه الله) أي سمع منه ولم يكتب عنه في الرواية فان قيل لو قال أحد هذين

(والعرض على البيع ملحق) بالبيع في المحفوظ عن أبي يوسف روى ابن سماعة عن أبي يوسف اذا ساوم أحدهما كان بيانا يعني التعين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة وقوله (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع) قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تاكيدا لان محمدا رحمه الله ذكر في الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر ولان البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعين انما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد (وكذلك اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما بينا) أن الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له (وكذا لو وطئ احداهما لما بينا) في المسئلة التي بعد هذه (ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند أبي حنيفة وقالا تعتق

لان الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حرة) لا ملك فيها فالوطء لا يحل فيها فاذا

(قال المصنف لاطلاق جواب الكتاب) أقول مجرد الاطلاق لا يكفي لانه ينصرف الى الكمال فالمآل الى ملاحظة المعنى (قوله ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة) أقول يعني في الاصول (قوله قبل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تاكيدا لان محمدا الخ) أقول يعني انما ذكره تبعا لمحمد لا لانه شرط

وطئ احداهما جعل مستبقيا للملك فيها ليقع الوطء حلالا حملا لامره على الصلاح فاذا تعينت تلك للملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق (ولابى حنيفة رحمه الله أن الملك قائم فى الموطوأة) أى فى التى توطأ من كل منهما واذا كان الملك قائما كان وطؤها حلالا أما ان الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو فى المنكرة (وهى) اى الموطوأة غير منكرة بل هى (معينة) فلا يكون الايقاع فيها واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك منها زائلا وأما ان الملك اذا كان قائما كان الوطء حلالا فظاهر لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطء حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما

وله أن الملك قائم فى الموطوأة لان الايقاع فى المنكرة وهى معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه الا أنه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل فى المنكرة فيظهر فى حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة

طالق بائن أو ثلاثا فوطئ احداهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا لا يكون الوطء بيانا الطلاق الاخرى لحل وطء المطلقة الرجعية ذكره فى النوادر وهل يثبت البيان فى الطلاق بالمقدمات فى الزيادات لا يثبت وقال الكرخى يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء (وله أن الملك قائم فيهما) جميعا حتى قال يحل وطؤهما ولهذا لو وطئتا بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين و يكون كله للمولى وانما ملك البدل بملك الاصل وهذا لان العتق فى المنكرة أى المبهمة الدائرة بين كل منهما وهى غير المعينة و تنافيها لان المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الاخرى فى حق العلم والمبهمة أحد دائر بينهما ووقوعه فى المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته ان طلقتك فانت طالق أولامته ان دخلت فانت حرة فان له وطأهما قبل الشرط لقيام الملك فى الحال فقولهما احداهما حرة ان أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه ولا يفيد لان الوطء انما يقع فى المعينة فوطؤهما لم يقع فى محل الحرمة فحل فاذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء احداهما دليلا على تحريم الاخرى بعتقها وانما يلزم اذا كان الحلال وطء احداهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكر لزم حل وطئهما لوقوعه فى معينة والمطلقة هى المبهمة فاذا أجيب عنه بتقييد حلهما بما اذا لم تتعين احداهما للطلاق و بمجرد وطء احداهما تتعين الاخرى فتحرم بخلافه فى العتق عاد أول المسئلة وهو أنه كما كان الوطء بيانا فى الطلاق

ابنى أو احدى هاتين أم ولدى فمات أحدهما لم يتعين القائم للعتق أو الاستيلاد قلنا لانه اخبار عن أمر سابق والاخبار يصح فى الحى والميت بخلاف البيان لانه فى حكم الانشاء فلا يصح الا فى الحى فان قيل لو اشترى أحد العبدين وسمى لكل واحد ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات أحدهما تعين البيع فى الهالك وهنا تعين العتق فى القائم قلنا لا فرق بينهما اذ الهالك يهلك على ملكه فى الفصلين ولانه حين أشرف أحدهما على الهلاك تعين البيع فيه لتعذر رده كما قبض وانما يتعين للبيع وهو حى وهنا لو تعين العتق فيه لتعين بعد الموت لانه بالاشراف على الهلاك لا يخرج عن محلية العتق و بعد الموت هو ليس بمحل للعتق فتعين فى القائم ضرورة والكتابة وتعليق عتق أحدهما بالشرط كالتدبير والرهن والايصاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع كالبيع فان قيل الاجارة لا تختص بالملك بدليل جواز اجارة الاحرار قلنا الاجارة على وجه يستحق الاجر لا تكون الا بالملك فتكون تعيينا دلالة وذكر التسليم فى الهبة والصدقة وقع اتفاقا نص عليه فى المحيط والايضاح (قوله لما قلنا) أى لم يبق محلا للطلاق (قوله ثم يقال العتق غير نازل الخ) هذا البيان ما ادعاه من حل الوطء لان الحل كان ثابتا فلو زال انما يزول بالعتق والعتق المبهم معلق بشرط البيان ولهذا المعنى لو قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على أحدهما كان ارشهما للمولى أو يقال ان كان نازلا انما ينزل فى المنكرة (قوله فيظهر فى حق حكم تقبله كالبيع) فان المنكر يقبل البيع بان اشترى أحد العبدين على ان المشترى بالخيار

على هذه الصفة (ولهذا حل وطؤهما على مذهبه) وهذا فى غاية الدقة و يلوح منه سيما التحقيق (الا انه لا يفتى به) قيل لان المنكرة التى يثبت فيها العتق لا تخلو عنهما ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد لان فيه تلويحا الى ترك ابى حنيفة الاحتياط وارى انه لا يفتى به لئلا يتخذ مغمزا لابى حنيفة بترك الاحتياط فان قيل العتق اما ان يكون نازلا اولا فان كان غير نازل كان اهمالا للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا يجوز وطؤهما أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثانى (ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به) اى لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول (أو يقال نازل) أى العتق نازل (فى المنكرة فيظهر فى حق حكم تقبله) كالبيع فان المنكر يقبله بان يشترى أحد العبدين على أن المشترى بالخيار فيهما فانه يصح (والوطء) لا تقبله المنكرة لانه (يصادف المعينة) اذ هو امر حسى لا يقع الا فى المعين و وطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بيانا فى الاخرى بخلاف

(قال المصنف لان الايقاع فى المنكرة) اقول اى المبهمة الدائرة بين كل منهما وهى غير المعينة كما لا يخفى (قوله فظاهر لا يحتاج الى البيان) اقول فيه بحث فان الملك باق فى المكاتبة ولا يحل وطؤها وقد مر فى الدرس السابق ان مثلها فى حكم المكاتب و بالجملة فما ذكره محتاج الى البيان ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فافهم (قوله فكذا هذا) اقول فلا يلزم الاهمال

بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلى من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك فى الموطوأة صيانة للولد أما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء (ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه

يجب أن يكون بيانا فى العتق لان الملك فى الزوجتين المعينتين قائم وانما المطلقة هى المبهمة ولا جواب له سوى أن الدال فى الاصل أعنى الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستبقاء فانه هو الدليل على نفى الاخرى اذا كان الواجب اخراج احداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد فان طلبه يفيد استبقاء من هو منها كى لا يضيع ماله و وطء المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهر الانه هو الذى وضع له عقدها الا وطء الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام و وطؤها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد لا لثمرة وعلى هذا فيكفى فى دليلهما أن يقال وطء احداهما دليل استبقائها كالوطء فى الطلاق المبهم وفى وجه قوله منع دلالته والفرق بما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما وحل وطئهما ثم القول بانه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق أنه لا يحل وطؤهما كما لا يصح بيعهما وقد وضع فى الاصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز ايجاب أحد أشياء كما فى خصال الكفارة وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها الا واحدا لانه لو فعلها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولا يعلم خلاف فى ذلك وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطء وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق احداهما لا يعدوهما ففى وطئهما وطء المحرمة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف أخذه أرش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطء وغرامة قيمة ثم لو كن كذلك أيضا وانما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما يتنصف لان احداهما حرة بيقين ولا تعرف فتنصف فى الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة أمة اذ ليست كل منهما حرة فى نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة لا تعدوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما وقولهم وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطؤهما غير صحيح اذ لا تعليق بل تنجيز مأمور فى الشرع بتعيين محله ولو كان يمينا محضا لم يجبر على ايقاع شرطه كسائر الايمان وهنا يجبر على البيان الذى هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبيه به من حيث توقف الوقوع فى المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة أحكامه من حل الوطء قبل الشرط فيهما وأبو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما بحل وطء احداهما *(فروع)* من البيان لو قال لامتيه احداكما حرة ثم قال لم أعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم أعن هذه الاخرى عتقت الاولى فتعتقان لان قوله لم أعن هذه اقرار بعتق الاخرى فقد أقر بعتقهما وكذا هذا فى الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين على ألف فقيل له أهو هذا فقال لا لم يجب للآخر شئ والفرق أن البيان فى الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه فى انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال أمة وعبد من رقيقى حران ومات قبل البيان فان كان له أمة وعبدان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثه و يسعون فى الباقى ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا أمتين عتق من كل نصفها أو ثلاثا عتق من كل ثلثها وتسعى فى الباقى والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه

فيهما يصح وأما المنكرة فلا تقبل الوطء لانه أمر حسى فلا يقع فى غير المعين فلا يمكن وطء غير المعينة لذلك فلا يكون الوطء بيانا فى الاخرى بخلاف الطلاق فان بوطء احداهما فى باب الطلاق يأتى بما هو المعظم من المقاصد فى باب النكاح فيصير بيانا كما لو باع احداهما فيما نحن فيه لانه أتى بالبيع بما هو المعظم من المقاصد فى ملك اليمين والوطء فى ملك اليمين ليس من معظم المقاصد ألا ترى ان شراء المجوسية وشراء من يحرم عليه وطؤها برضاع أو صهرية يجوز بخلاف النكاح (قوله ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما) الى أن قال

فان قيل فكيف وقع بيانا فى الطلاق أجاب بقوله (بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلى من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك فى الموطوءة صيانة للولد أما الامة فالمقصود من وطئها اقضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء) وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما أن يكون المصنف اختار جوازه أو يحمل على المخلص المعروف فى أصول الفقه وقد قررناه فى التقرير أوفى تقرير قال (ومن قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة) كلامه على ما ذكره واضح

(قال المصنف لان المقصود الاصلى من النكاح الخ) أقول وهذا هو الجواب أيضا فى الوطء المعلق (قال المصنف فلا يدل على الاستبقاء) أقول الا اذا كان الوطء معلقا

غلامافانت حرة فولدت غلاما و جارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد) لان كل واحدة منهما تعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام أول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق فى حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى فى النصف أما الغلام برق فى الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول

غلامافانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما ولد أولا عتق نصف الام) وتسعى فى قيمة نصفها (ونصف الجارية) وتسعى فى النصف (والغلام عبد) لان كل واحدة من الام والجارية تعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولا فتعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعا للام فى الرق والحرية وقد ولدتها وهى حرة وترق فى حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فاذا عتقتا فى حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد فى الحالين لانه ولد وأمه قنة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه أولا لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى فى الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد فى الكيسانيات فى هذه المسئلة أنه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فعن هذا حكم الطحاوى بان محمدا كان أولا مع أبى حنيفة وأبى يوسف ثم رجع وفى النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل فى هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت (١) الغلام أولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم أرقاء وأن جواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهى حرة فولدتهما ولا يدرى الاول فالغلام رقيق والابنة حرة و يعتق نصف الام ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لان فى هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية أولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام أولا عتقت تبعا للام وأما انتصاف عتق الام فلانها تعتق فى ولادة الغلام أولا وترق فى الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح فى النهاية ما فى الكيسانيات لان الشرط الذى لم يتيقن وجوده اذا كان فى طرف واحد كان القول قول من أنكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا للشك فى شرط العتق فكذا وقع الشك فى شرط العتق وهو ولادة الغلام أولا واما اذا كان الشرط مذكورا فى طرفى الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض فى صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة أو بنتها لوجود الشرط وقد عرف أن الامة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز أن يدعى رجل حسبة اذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور فى المبسوط فى تعليله صرح بان الام تدعى العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه فافاد أن ذلك فى صورة دعوى الام وهى غير هذه الصورة التى فى الكتاب * واعلم أن ما ذكر فى النهاية من ترجيح ما فى الكيسانيات حقيقته ابطال قول أبى حنيفة وأبى يوسف مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب واستدلاله بان الشرط الكائن فى طرف واحد الخ قد ينظر فيه بان ذلك فى الشرط الظاهر لا الخفى ولهذا قيد فى المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فانت حر وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة بخلاف قوله ان كنت تحبينى الخ فيمكن أن تكون الولادة من الامور التى ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما فى الجامع (قوله وان ادعت الام أن الغلام هو المولود أولا وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين) بالله ما يعلم أن الغلام ولد أولا (لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية) معا (لان دعوى الام حرية الصغيرة) تثبت فى ضمن دعواها

وقال شمس الائمة السرخسى فى المبسوط وذكر محمد رحمه الله فى الكيسانيات هذا الجواب الذى ذكر ليس جواب هذا الفصل بل فى هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم أرقاء وأما جواب الكتاب ففى فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهى حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة و يعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام أولا فهى حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها واما بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره فى الكيسانيات هو الصحيح لما أن الشرط الذى لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان فى طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولم يدر انه دخل الدار أم لا لا يعتق لانه وقع الشك

(قوله القول فيه قول من ينكر) أقول ضمير فيه راجع الى الشرط

(١) قوله الغلام هكذا فى عدة نسخ ومثله فى شرح الزيلعى وهو الصواب فما وقع فى بعض النسخ من ابداله بالجارية تحريف من الناسخ كذا بهامش نسخة العلامة البحراوى كتبه مصححه

فى حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيا والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة فى حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر فى حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه فى كفاية المنتهى

حرية نفسها لانها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها فى الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله فى حق حريتهما فعتقتا (فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيا) من الحرية لنفسها (و باقى المسئلة بحاله) يعنى ولدتهما فادعت الام تقدم الغلام وأنكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبرة فى الجارية الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح بولاية أو انابة وهما منتفيتان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغى أن تثبت حرية بنتها الا انه لازم له فالاقرار بحريتها اقرار بحرية الاخرى أجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقا بوجود الشرط لجواز كونه بذلا لما اليتها من المولى ليترك الحلف أو اقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت و بان النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره أنا كفيل بكل ما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا (قوله ولو كانت الجارية الكبيرة هى المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقى بحاله ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا) فى أن دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة فى حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى (قوله و بهذا القدر يعرف ما ذكرنا فى كفاية المنتهى من الوجوه الباقية) وهى ما اذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أولا أو اتفقوا على أن ولادة الجارية أولا فلا يعتق أحد فى الثانى و يعتق كل الام والجارية فى الاول و بهما تتم الاوجه للمسئلة ستة * (فرع) * فى المحيط لو قال ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين أما الام فلانها تعتق فى حال دون حال وهو رواية وفى عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لانها تعتق فى حال وترق فى حالين بان كانت ولادة احدى الجاريتين أولا وأما

عتق نصف الام ونصف الجارية وقال فى المبسوط وذكر محمد رحمة الله تعالى عليه فى الكيسانيات وهذا الجواب الذى ذكر ليس جواب هذا الفصل بل فى هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام أولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم أرقاء وأما جواب الكتاب ففى فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهى حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام أولا فهى حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان والام تعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين أما بعتق نفسها أو بعتق الام (قوله و بهذا القدر عرف ما ذكرنا من الوجوه فى كفاية المنتهى) وجميع الوجوه ستة أحدها أن يتصادقوا انهم لا يدرون أيهما أول وجواب الكتاب انه يعتق نصف الام ونصف الجارية باعتبار الاحوال والثانى أن تدعى الام أن الغلام أول وأنكر المولى ذلك وقال الجارية هى الاولى والجارية صغيرة والجواب ان القول قول المولى مع يمينه لما ذكر فى الكتاب والثالث ان يتصادقوا أن الغلام أول والجواب انه عتقت الام والبنت ورق الغلام لانه لا حظ له من العتاق فى عموم الاحوال والرابع أن يتصادقوا أن الجارية هى الاولى والجواب انهم أرقاء والخامس أن تدعى الام ان الغلام أول ولم تدع الجارية شيأ وهى كبيرة والجواب انه حلف المولى فان حلف لم يثبت شئ

فى شرط العتق فكذلك ههنا وقع الشك فى شرط العتق وهو ولادة الغلام أولا وأما اذا كان الشرط مذكورا فى طرفى الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال كما فى مسئلة الكيسانيات وقوله (و بهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه فى كفاية المنتهى) قيل هى ستة أوجه فصلوها فى شروح الجامع الصغير أحدها ان يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولا وهو المذكور فى الكتاب أولا وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الام والجارية و يستسعيان فى النصف والغلام رقيق لما ذكر فى الكتاب * والثانى أن تدعى الام أن الغلام هو المولود أولا و ينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور فى الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكره فى الكتاب * والثالث أن تدعى الام أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيا وهو المذكور فى الكتاب ثالثا وجوابه ووجهه ما ذكره أيضا فيه * والرابع ان تدعى الجارية وهى كبيرة والام ساكتة أن الغلام ولد أولا وهو المذكور فى الكتاب رابعا بجوابه و وجهه * والخامس ان يتصادقوا ان الجارية هى التى ولدت أولا والجواب انه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق * والسادس ان يتصادقوا ان الغلام ولد أولا والجواب ان الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لانه قد انفصل عن الام فى حال الرق ليكون ولادته

شرطه فتنهاو الشرط تسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف لم يذكرهما فى الكتاب لظهورهما قال (واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه) الشهادة على طلاق احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق أحد عبديه كذلك عندهما وعند أبى حنيفة هى باطلة الا أن تكون فى وصية استحسانا على ماذكره (وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وانما اختلاف الحكم على هذا الطريق بناء

قال (واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبى حنيفة رحمه الله الا ان يكون فى وصية) استحسانا ذكره فى كتاب العتاق (وان شهدا أنه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق احداهن) وهذا بالاجماع (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة فى العتق مثل ذلك) وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة

الغلام فانه يعتق فى حال بان ولدت احدى الجاريتين أولا ويرق فى حال بان ولدت الغلام أولا وأما الجاريتان فيعتق من كل ربعها فى عامة الروايات لان اصابة الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا عتق تبعا للام لا يتصور أن يعتق بعتق نفسه ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلابد من الغاء احدى الجهتين فالغينا اصابة العتق من جهة الام واعتبرنا الاصابة بعتق أنفسهما لانه ما أقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام أولا لا يعتقان بعتق أنفسهما وان كانت ولادة الجارية أولا تعتق الاخيرة بعتق نفسها فتثبت لهما حرية فى حال دون حال فيثبت نصفه بينهما وقال أبو عصمة ينبغى أن يعتق من كل ثلاثة أرباعها لان الغلام لو كان أولا تعتق الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين أولا ثم الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول أبى عصمة وقال هو الذى يوافق ما تقدم (قوله واذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبى حنيفه الا أن تكون فى وصية استحسانا ذكره فى العتاق) أى عتاق الاصل بان شهدا أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقا فى صحته أو مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتعيين عتق أحدهما وهو قول الشافعى ومالك وأحمد (قوله وأصل هذا) أى أصل هذا الخلاف (أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبى حنيفة من غير دعوى العبد) مطلقا لا فى حرية الاصل ولا فى الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين أن الدعوى عنده ليست شرطا فى حرية الاصل بل فى العارضة فقط (وعندهما تقبل) بلا دعوى (والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وان أنكرت الامة العتق لا يلتفت الى انكارها وتعتق لانها متهمة وكذا على طلاق احدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان أنكرت ويجبر على أن يوقع على احداهن (قوله والمسئلة معروفة) وجه قولهم أن المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة ويصح نذره به وحلفه به ولهذا لا يحتاج الى قبول ولا يرتد اقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل وأقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لان التناقض يبطل صحة الدعوى وانما لا يكتفى بشهادة الواحد لانه وان كان أمرا دينيا يتضمن ازالة ملك العبد وابطال مالية ماله فلذا شرط فى الشهادة عليه اثنان ولابى حنيفة أن العتق اما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته أو هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع به على الخصوص فى الحقيقة ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت

وان نكل عتقت الام دون البنت لان النكول حجة ضرورية والسادس أن تدعى البنت دون الام فالجواب على عكس هذا (قوله والشهادة على عتق الامة) أى الامة المعينة وطلاق المنكوحة مقبول من غير دعوى

على أن العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز أن يحلف به ويصح ايجابه فى المجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حق الشرع ووجه قوله أن الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة فى الامر الدينى ولما قبلت الشهادة على عتق أمة هى أخت مولاها من الرضاعة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق أجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة فى الامر الدينى اذا لم تقع الحاجة الى الزام المنكر وههنا وقعت وعن الثانى بان فيه معنى الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد واذا

(قوله وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده) أقول وكذا العفو عن القصاص وابراء الكفيل لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول مع أنهما من حقوق العبد (قوله ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته) أقول وكذا عتق الامة وتحريم الفرج من الثمرات

واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم تتحقق فى مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى أما فى الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا فى الشهادة لانها ليست بشرط فيها

فمع كونه حقه على الخصوص فى الحقيقة ولا يكون ثبوت اللازم الا بعد الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى أنه يرد على هذا عتق الامة لانه يقال حرمة فرجها التى هى حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب أن يشترط دعواها فان قيل الفرق انها متهمة لرغبتها فى صحبة مولاها حتى نقول لو كان العبد أيضا متهما قبلت بلا دعواه وذلك بان لزمه حد قذف أو قصاص فى طرف حتى لو أنكر العتق لا يلتفت الى انكاره قلنا نفرض الكلام فيما اذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق أولا ما هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى فى اشتراط الدعوى لانه اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أولا أو ثانيا فان حول التقرير هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى أما حقه سبحانه فما ذكرتم وأما حق العبد فلانه يصير به مالكا لا كساب نفسه فيتمكن من اقامة مصالحه وتثبت ولايته من نفاذ قوله فى الشهادة وانكاح بنته وحصول الميراث له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى وان لم يحتج الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا ألا يرى أن العفو عن القصاص وابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء رق الاصل وحريته كما فى دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما اجتمع فى العتق الحقان فلحق الله تعالى قلنا لا يمنع التناقض فى حرية الاصل ولا فى الحرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين أيضا ورد عليه أيضا عتق الامة فان فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه وأيضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوى لا يلزم ثبوتها لانه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانهما يتعارضان لانه اذا وقعت الشهادة بلا دعوى فى حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضى أن لا يثبت والحق أن المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح ما ثبت شرعا الاحتياط فى أمره وتوكيده وأمر الفروج محتاط فيه فالاحتياط أن لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شئ آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة والطلاق وبين عتق العبد لان حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضى لنفى الدعوى ليس من التأكيد بحيث يجب أن يثبت بلا دعوى وهما يقولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لانه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتتضمن شهادته دعواه وأما حق العبد فان افتقر ثبوته الى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائبا عنه وهذا القدر يحصل به المقصود فان المثبت فى الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيه ما لو أنكر العبد العتق ولا تهمة وحينئذ يجب الترجيح ويترجح حقه سبحانه وتعالى ولا يقال المقر رترجح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بان كان ثبوت أحدهما ينتفى معه الآخر وههنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى بل اذا أثبتنا حق الله تعالى كان اثباتا لحق العبد سابقا عليه وانما فيه أنه يثبت على رغمه (قوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا تتحقق فى مسئلة الكتاب) أى الجامع الصغير وهى ما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لانه عتق المجهول (والدعوى من المجهول لا تتحقق) وانما تتحقق من المعين فتنتفى المطابقة بين الدعوى والبينة وعندهما ليس شرطا

بالاتفاق (قوله لان الدعوى من المجهول لا تتحقق) وذلك لانا لو صورنا دعوى أحدهما من غير تعيين كانت الدعوى من المجهول وهى لا تصح وكذا اذا ادعيا أيضا لا تصح لانهما معينان وصاحب الحق غير معين فلم تكن دعوى أحدهما دعوى من صاحب الحق ولان الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لان

وبعده يوجبه لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطئها بالمحرمية ألا ترى أنه جاز له أن يزوجها وبدل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج واذا ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله (واذا كان دعوى العبد شرطا عنده) الى آخر المسئلة وقوله (لان الدعوى من المجهول لا تتحقق) قيل عليه اذا ادعيا ذلك وجب أن تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين وأجيب بان صاحب الحق أحدهما لا بعينه فدعواهما دعوى غير صاحب الحق وبان الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين

(قوله لان الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين) أقول يمكن أن تكون الدعوى أيضا كذلك

وقوله (ولوشهدا أنه أعتق احدى أمتيه) كصورة نقض على قول أبى حنيفة لان الدعوى ليست بشرط فى حق الامة ولم تسمع البينة ههنا ووجه دفعه ماذكره بقوله (لانه انما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه) يعنى قوله له أن الملك قائم فى الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطؤهما ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق اذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زنا واعترض بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك أيضا حق الله فوجب أن تستغنى الشهادة فيه عن الدعوى والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن أن تكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ وقوله (أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته) بيان قوله الا أن تكون فى وصية استحسانا وقوله (لان التدبير حيثما وقع وقع وصية) يعنى سواء وقع فى حال الصحة أو فى حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف أحدهما أن التدبير مطلقا والعتق فى المرض وصية

(قوو الجواب ان لازم عتقها الخ) أقول فيه أن الكبيرة هو الزنا وليس ذلك لازم العتق ففى عبارته تسامح (قال المصنف وأداء الشهادة فى مرض موته أو بعد الوفاة تقبل الخ) أقول قال ابن الهمام والمريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب أن يؤخرا لقضاء بهذه الشهادة الى أن يموت فيقضى بها ولا يحتاج الى اعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعى اه وانما قيد بما قيد به ليتعين المدعى فى حياته فافهم (قال المصنف لان التدبير حيثما وقع وقع وصية) أقول قال صدر الشريعة الدليل الاول مشكل لان المتنازع فيه ما اذا أنكر المولى تدبير أحد عبديه أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان اثباته فكيف يقال ان المدعى هو المولى أو نائبه والدليل الثانى يوجب أن الشهادة بعتق أحد عبديه بغير وصية

والخصم

ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه لا تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيها لانه انما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين وهذا كله اذا شهدا فى صحته على أنه أعتق أحد عبديه أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته أو شهدا على تدبيره فى صحته أو فى مرضه وأداء الشهادة فى مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق فى مرض الموت وصية

مطلقا فتقبل و يجبر على تعيين أحدهما (قوله ولو شهدا أنه أعتق احدى أمتيه الخ) جواب عما قد يقال اذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده فى الشهادة على عتق الامة فينبغى أن تقبل على عتق احدى أمتيه والواقع أنها لا تقبل عنده أجاب بانه انما لا يشترط الدعوى فى الشهادة على عتق الامة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا (فشابه الطلاق) وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى لذلك فكذا هذا (والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ماذكرناه) فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين فان قيل لو كانت علة سقوط الدعوى فى عتق الامة تحريم فرجها على المعتق لشرطت فى عتق الامة المجوسية والتى هى أخته من الرضاع وفى الشهادة على الطلاق الرجعى لان الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته فى الاوليين قبل الشهادة وحلها فى الرجعى بعدها فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فان وطء الاخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها و بعده يلزمه والطلاق الرجعى ينعقد به سبب حرمة فرجها فاثبتت تحريما مؤجلا بانقضاء العدة وأما الامة المجوسية فينبغى أن تشترط الدعوى عنده وما قيل ان وطأها مملوك له وانما منع منه لخبثها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك الوطء فيه ما فيه (قوله وهذا كله اذا شهدا بعتق أحد العبدين فى صحته أما اذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته أو شهدا على تدبيره فى صحته أو فى مرضه) لتكون شهادتهما الشهادة على أحد العبدين لا على العبدين (قوله لما أنه يتضمن تحريم الفرج) أى عتق الامة يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق الشرع وفيما هو حق الله تعالى الشهادة تقبل حسبة من غير دعوى كما فى الشهادة برؤية هلال رمضان وحد الزنا والشرب والطلاق فان قيل فعلى هذا ينبغى أن يكتفى بشهادة الواحدة لانه أمر دينى وخبر الواحد فيه حجة تامة قلنا خبر الواحد انما يكون حجة فى الامر الدينى اذا لم يتضمن ازالة حق العبد وهنا يتضمن ازالة الملك والمالية وهو حق العبد وخبر الواحد لا يكفى لذلك فلهذا قلنا لا بد من أن يشهد رجلان (قوله والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج) فان قيل اذا كانت هى أخته من الرضاع قبلت الشهادة على عتقها مع جحودها وليس فيه تحريم الفرج قلنا فيه معنى الزنا لان فعل المولى قبل العتق لا يلزمه الحد و بعد العتق يلزمه على ان الامة فى انكار العتق متهمة لما لها من الحظ فى الصحبة مع المولى ولا معتبر بانكار المتهم فى انكاره فجعلت كالمدعية وهذا كالشهادة القائمة بالمال على الصبى مع اقرار الوصى فانها تقبل وان كانت الشهادة انما تقبل فى حق المنكر دون المقر الا ان اقراره مردود شرعا فكان منكرا معنى فكذا الانكار من الامة لما كان مردودا شرعا للتهمة صارت مدعية تقديرا (قوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية) أى سواء وقع فى حالة الصحة أو فى حالة المرض

والخصم فى الوصية انما هو الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث ولان العتق فى مرض الموت يشيع بالموت فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحدكما حر فقد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع هو الصحيح والله أعلم

بعتق هو وصية وهو المستثنى فى أول المسئلة وقدمنا أن التدبير حيثما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو فى حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية فى مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحسانا لان عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى واذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصى لان تنفيذ الوصية من حقوق الموصى فهو الخصم المدعى فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصى أو الوارث بخلاف حالة الحياة فان الخصم فى اثبات العتق ليس هو السيد لانكاره بل هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت فى العتق لو لم يكن الموصى كان كلا من العبدين وهما معينان وفى حالة الحياة لا تصح خصومتهما لانه لم يعتق منهما شئ والمعتق المبهم بخلاف ما اذا مات المولى قبل البيان فان العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة الا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصى أو وارثه يعنى الوصى ان كان الورثة منكرين أو الورثة ان كان الوصى منكرا فقيل فيشكل مالو كان كل من الوصى والوارث منكرا اذ لا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا وأيضا قوله وأديا الشهادة فى مرض موته الخ يفيد أنها تقبل فى حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لان المدعى العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أعنى المبهم والحاصل أن أنزاله مدعيا لا يكون الا بعد موته وأما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج الى الشهادة وردت لعدم المدعى ولا مخلص الا بتقييده بما اذا كان المريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى أن يموت فيقضى بها ولا يحتاج الى اعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعى (قوله ولو شهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحدكما حر) لا رواية فيه عن أبى حنيفة واختلف المشايخ فى تفريعها على قوله (فقيل لا تقبل لانه ليس بوصية) لاسنادهما العتق المنجز الى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعيا تقديرا (وقيل تقبل) لان العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا وصحح فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير قبولها قال لجواز أن يكون الحكم معلولا بعلتين فيتعدى باحداهما وتبعه صاحب الكافى وقال هو الاصح ولقائل أن يقول شيوع العتق الذى هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله أحدكما حر ولا مثبت له الا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة لو أثبتت الشهادة بصحة خصومتهما وهى متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا لزم الدور واذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثانى من وجهى الاستحسان فى المسئلة التى قبل هذه

(فروع) شهدا أنه حرر أمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه وسماها فنسياها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر فى هذه لانها كشهادتهما على عتق احدى أمتيه وطلاق احدى

(قوله والخصم فى الوصية انما هو الموصى وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث) فانزل الوصى أو الوارث مدعيا للعتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وانما يجبر على البيان اذا أنكر لان حق غيره تعلق بحق له فجعل مدعيا كى لا تكون دعوى العبد شرطا وجعل مدعيا عليه حتى يجبر على البيان توفيرا للحقين (قوله لانه ليس بوصية) أى نظرا الى الوجه الاول من وجهى الاستحسان لانه لما لم يكن وصية لم يكن الميت مدعيا

(والخصم فى الوصية انما هو الموصى) لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا (وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث) فتقبل الشهادة والثانى أن العتق يشيع بالموت فيهما لانه أوجب العتق فى أحدهما فى حال عجزه عن البيان فكان ايجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما (فصار كل واحد منهما خصما متعينا) ولم يذكر وجه القياس وهو أن المقضى له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم (ولو شهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحدكما حر) قال الامام فخر الاسلام لا نص فيه واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم (لا تقبل لانه ليس بوصية) حتى يكون

ان أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت اهـ ويمكن أن يجاب عنه بان المولى وان كان منكرا صورة الا أنه نزل مدعيا معنى لان نفع العتق يعود اليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث فنزل الوارث أو الوصى مدعيا العتق خلفا عن الميت فتقبل الشهادة وبان فى هذه المسئلة روايتين نظرا الى جهتين جهة الشيوع وجهة أنه ليس بوصية فباعتبار أنه ليس

زوجتينة ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان معينا لما أوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما أن القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف ما لو شهدوا ببيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول أبي حنيفة لانه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تتحقق هنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية

(وهذا فصل في الشهادة على العتق) اذا ادعى العبد العتق وأقام شاهدا لا يحال بينه وبين المولى وفي الامة اذا قالت شاهدي الآخر حاضر يحال ولو أقام العبد شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في أمر الشهود لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذ فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا أقام شاهدا واحدا * شهدا بعتق عبده واختلفا في الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أقر أنه أعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلاف الشهادة فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لان الهبة تمليك والاعتاق احداث القوة أو ازالة الملك كذا في المبسوط فيحمل ما ذكر قبله من أن اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مؤدى اللفظين واحدا وضعا ولا يخفى أن التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف لفظا من أن العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضي أنهما اذا اختلفا في أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل ولو اختلفا في الشرط الذي علق به العتق فاحدهما جعله كلام زيد والآخر الدخول مثلا لم يجز اذ لا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين ولو اتفقا على أنه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فايهما فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد أحدهما أنه أعتقه بجعل والآخر بغير جعل لم تجز لان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالين أو أكثرهما ولو كان المولى يدعي أقل المالين والعبد ينكر عتق لاقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لاكذابه أحد شاهديه وهو الذي يشهد له بالاكثر وان ادعى العتق بالف درهم وخمسمائة وأحدهما يشهد بالف والآخر بالف وخمسمائة قضى عليه بالف لان الشهادة لا تقوم هنا على العتق لان العبد عتق باقرار المولى وانما تقوم على المال ومن ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالف والآخر بالف وخمسمائة يقضي بالف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى بخلاف الالف والالفين كما سيأتي في الشهادات ان شاء الله تعالى ولو شهدا أنه أعتقه ان كلم زيدا والآخران ان دخل فايهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة ولو تعارضت بينتا العبد والمولى في مقدار ما أعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال ان أديت الى ألفا فانت حر وأنه أداها وأقام المولى أنه انما قال اذا أديت الى ألفين الخ فالعبد حر ولا شيء عليه لانه أثبت ببينته تنجز الحرية فيه ولو أقام العبد بينة أنه باعه نفسه بالف وأقام المولى أنه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى قال في الاصل ولو باعه نفسه بالف فاداها من مال المولى كان حرا وللمولى أن يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا باداء المال وانما يتحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدى مسروقا أو مغصوبا من المولى ثم رد هذا المال على المولى وان كان مستحقا عليه فيقع عن الوجه المستحق في الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان في ابطال الحكم ولا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمة ما أتلفا من ماليته على المولى اذ قد اعترفا بالرجوع أنهما أتلفا ماليته على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بان المولى كان أعتقه ان شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق وان شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما

تقديرا وقال بعضهم تقبل لان العتق شاع فيهما بعد الموت وهو الوجه الثاني من وجهي الاستحسان والله

الخصم هو الموصى وهو معلوم وقال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضي قبول الشهادة والله أعلم

بوصية لا تقبل الشهادة وباعتبار الشيوع تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة هذا ما لاح لي في ذلك المقام وقال ابن الهمام ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة الا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه يعني الوصي ان كان الورثة منكرين أو الورثة ان كان الوصي منكرا فقيل فيشكل ما لو كان كل من الوارث والوصي منكرا اذ لا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفا ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا اهـ

(ومن

(باب الحلف بالعتق)

(ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه أسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا

ضمنوا عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به وان لم يكن ثمة مدع لذلك ويتبين به أن الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيأ بشهادتهم وأنه أخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدع لما شهد به الفريق الثاني فان العبد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعي العتق والله أعلم

(باب الحلف بالعتق)

الحلف بالكسر مصدر حلف سماعي وله مصدر آخر أعني حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق

على حلفة لا أشتم الدهر مسلما * ولا خارج من في زور كلام

وقال امرؤ القيس

حلفت لها بالله حلفة فاجر * لناموا فما ان من حديث ولا صال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية عن المنجز قدمه عليه ولما جرى المصنف على أن يولي التصرف الذي يصح تعليقه الحلف به كما فعل في الطلاق ولم يضم الكل الى كتاب الايمان ليكون أضبط لاحكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه ولا تتفرق أحكامه في الابواب أولى العتق الحلف به واعلم أن بعض من لا يجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجازه في العتق روى ذلك عن أحمد للفرق بان الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق وعندنا الصحيح مطرد فيهما (قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) أي ذلك المملوك الذي اشتراه ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا أن يكون اضافة الى الملك قرره ليرده اليه بقوله لان التنوين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها لفظ اذ تقديره اذ دخلت ولفظ يوم ظرف لمملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي يوم الدخول حر وهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول والمملوك لا يكون الا بالملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول معنى بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فانت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى ملكه لا صريحا ولا معنى وعدول المصنف الى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه أضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان في اللفظ انما أضيف الى لفظ اذ المضافة للدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ والا كان المراد يوم وقت الدخول وهو وان كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييدا لليوم به لكن اذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا في الاستعمال الفصيح كنحو ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله ولا يلاحظ فيه شيء من ذلك فانه لا يلاحظ في هذه الآية وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون وله نظائر كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ اذ لم يذكر الا تكثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة أو عمادا له أعني التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير في أقوال أهل العربية في بعض الالفاظ لا تخفى على من

تعالى أعلم بالصواب

(باب الحلف بالعتق)

(قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) لانه مملوك له يومئذ فان قيل الايجاب لا يصح الا في الملك أو مضافا الى الملك ولم يوجد قلنا قد وجد لانه أضاف

(باب الحلف بالعتق)
الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزاء الشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية أخر التعليق عن التنجيز قوله (ومن قال اذا دخلت الدار) ظاهر واعترض عليه بانه يجب أن لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما أضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك أجيب بانه وجدت الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخولي الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم توجد الاضافة فيها الا صريحا ولا دلالة وقوله (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول

(باب الحلف بالعتق)
(قوله واعترض عليه بانه يجب أن لا يعتق الخ) أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة

قال (ولولم يكن قال فى يمينه يومئذ لم يعتق) لان قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك فى الحال الا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقى على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) وهذا اذا ولدت لستة أشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفى قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة أشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه

له نظر فيها وكذا لو كان فى ملكه عبد حين حلف فبقى فى ملكه حتى دخل عتق لما قلنا وفى بعض النسخ لما بينا أى من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم (قوله ولو لم يكن قال فى يمينه يومئذ) بل قال اذا دخلت فكل مملوك لى حر لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم بل الذى كان فى ملكه وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله لان قوله كل مملوك لى يختص بالحال والجزاء حرية المملوك فى الحال يتعلق فى الحال بمملوك أى المملوك فى الحال حريته هى الجزاء فلما دخل الشرط عليه تأخرت الى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لى حالا أن المختار فى الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب اليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه واللام للاختصاص أى لاختصاص من جرت معنى متعلقها اليه به أى بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهى أثر ملكه فلزم قيام ملكه فى الحال ضرورة اتصافه بأثرها فى الحال والا ثبت الاثر بلا مؤثر وهذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لى حر العبيد ولو مرهونين أو مأذونين أو مؤجرين والاماء ولو كن حوامل أو أمهات أولاد والمدبرون وأولادهم ولا يدخل المكاتب خلافا لزفر لانه مملوك من وجه اذ هو حر يدا ولو نوى الذكور فقط لم يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر فى عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع أن طائفة من الاصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك ولا الجنين الا أن يعنيهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول أبى يوسف الا أن ينويهم وسواء كان على العبد التاجر دين أولا وفى قول محمد يعتقون نواهم أولا عليه دين أولا وعلى قول أبى حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال عنيت ما يستقبل عتق ما كان فى ملكه وما سيملكه اذا ملكه لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته فى ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل ولا يخفى أن التعليل يرشد الى أن عتق ما هو فى ملكه مع هذه النية انما هو فى القضاء وفى الذخيرة قال مماليكى كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لى ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفى الوجهين تخصيص العام فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكى لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لى فان الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص (قوله ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) سواء ولدته لستة أشهر من وقت القول أو أقل أما اذا ولدته

العتق الى مملوك له زمان الدخول لان معنى قوله يومئذ يوم اذ دخلت فاعتبر قيام الملك وقت الدخول (قوله ولو لم يكن قال فى يمينه يومئذ لم يعتق) أى الذى اشتراه بعد اليمين وهذه اليمين لا تتناول الجنين ولا المملوك المشترك ولا المكاتب الا أن يعينهم وكذا عبيد عبده التاجر وهو قول أبى يوسف رحمه الله سواء كان على العبد دين أولا وعلى قول محمد رحمه الله عتقوا نواهم أولا وعليه دين أولا وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا وان نواهم ويدخل المدبر والمدبرة وأم الولد وولدهما والذكر والانثى لان اسم المملوك عام وكذلك يدخل فيه العبد المرهون لان الملك لم يختل فيه ولو قال عنيت به الذكور دون الاناث لم يصدق فى القضاء لان اللفظ عام فلا يصح التخصيص بمجرد النية فى الحكم ولو قال عنيت به ما يستقبل عتق ما كان فى ملكه وما سيملكه فى المستقبل لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته

عضو

وقوله (لان قوله كل مملوك لى للحال) قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون بمملوك له فى الحال اذ لو لم يكن الملك له فى الحال كان هو وغيره سواء وقوله (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حر) ظاهر ومعناه أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل على ما ذكر فى الكتاب وقوله

(قوله كل مملوك لى يومئذ الى قوله فهو حر) أقول قالوا المبتدأ اذا تضمن معنى الشرط يدخل فى خبره الفاء نحو كل رجل يأتينى فله درهم فههنا كذلك فتأمل (قوله قيل لان اللام للاختصاص) أقول صاحب القيل تاج الشريعة وفى كلامه تأمل

(وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل) فيدخل الحمل تبعا بناء على أن هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وأمهات الاولاد حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء (وان قال كل مملوك لى أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لا الذى اشتراه بعده وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فان أملكه للحال وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود وقوله لان قوله أملكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبر ان ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهى أنه مشترك بين الحال والمستقبل وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك فى كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح أحدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد هنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم وأقول قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل فى أحد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون

عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال العبد الضعيف وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها وان قال كل مملوك أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لان قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا

لستة أشهر فلان اللفظ أى لفظ كل مملوك لى للحال على ما بينا من وجهه وفى قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده فجاز أن لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم يقل لا يعتق بالشك لانه لا شك لان الظاهر أن مدة الحمل لا تكون الا أكثر من ستة أشهر وأما اذا ولدته لاقل من ستة أشهر فلان التيقن لوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما ينصرف الى المملوك بالاصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا للام كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا للحامل والدليل على أنه لم يعتبر فى الشرع نفسا مملوكة أنه لا يجزئ عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره قال المصنف رحمه الله وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الانثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعا وهذا بناء على ان لفظه مملوك اما الذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث وأما ان الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك (قوله وان قال كل مملوك أملكه حر بعد غد) يعنى أن بعد غد ظرف لحر لا لاملكه (أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك واحد) فى الصورتين (فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى كان فى ملكه يوم حلف) دون المشترى ولفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل لجاء لا ظرف ووجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال وكذا لفظ أملك للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة وفى الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كاسناده الى متوقع واقتضائه طلبا على ما عرف فى النحو وهذا أحد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى فى المحيط حيث قال أملك وان كان حقيقة فى الاستقبال الا أنه صار للحال شرعا كما فى الشهادة وعرفا يقال أملك كذا درهما فكان كالحقيقة فى الحال والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال وهو الذى أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا أن مذهب النحاة ليس الا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بان قول المصنف انه للحال لا يدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك حقيقة فى المعنيين اهـ فترك النظر الى قول المصنف ولذا يستعمل له بغير قرينة وفى الاستقبال بقرينة وهذا صريح فى أنه فى الاستقبال مجاز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلاثة وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كابى على الفارسى وغيره واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لا يراد الاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال وأما اختيار عكسه كما فى المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبى حنيفة فكان ينبغى أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور وأما تفريعه على الاشتراك فغايته ما وجهه به أن تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة أى المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو أسافر وأتزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهى

فى ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل لانه قصد اثباته بلفظ محتمل (قوله ولهذا لا يملك بيعه منفردا) وكذا لا يجوز اعتاقه عن كفارة يمينه وكذا لا تجب عنه صدقة الفطر وكذا اذا حلف لا

مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة فى الاستقبال مجاز فى الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار

(قوله وقال بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى

المصنف لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافا الى مابعد الغد فلا يتناول مايشترى به بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر فالذى كان عنده مدبر) مطلق (والآخر ليس بمدبر) مطلق بل هو مدبر مقيد جازله أن يبيعه (وان مات عتقا من الثلث) مشتركين فيه (وقال أبو يوسف فى النوادر يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق مااستفاد بعد يمينه) لان اللفظ حقيقة للحال على مابينا وهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مرادا على أصلنا (ولهما ان

الى مابعد الغد فلا يتناول مايشترى به بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذى كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث) وقال أبو يوسف رحمه الله فى النوادر يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف ولا يعتق مااستفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لى اذا مت فهو حر له أن اللفظ حقيقة للحال على مابيناه فلا يعتق به ماسيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما أن هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفى الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة ألا ترى أنه يدخل فى الوصية بالمال مايستفيده بعد الوصية وفى الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها

المشاهدة واذا ثبت أنه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك فى الحال مضافا الى مابعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال (قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذى كان عنده مدبر) مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذى اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن أبى يوسف فى النوادر أنه لا يعتق مااستفاد بعد يمينه وانما يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لى اذا مت فهو حر وهذا لان اللفظ حقيقة للحال على مابيناه من أن المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ماسيملكه ولهذا صار به الكائن فى ملكه حال التكلم مدبرا فى الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان فى جواب المسئلة فاوجب المروى عن أبى يوسف وأيضا ولو لم يرد به الحال فقط فاما ان يراد كل منه ومن المملوك فى المستقبل فيلزم اما تعميم المشترك أو استعماله فى حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذالك فى الحالة والمستحدث عند ملكه لانه حينئذ فى المعنى كل مملوك لى أو سأملكه مدبر وكذا اذا أريد باللفظ المجتمع فى الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق مااجتمع فى ملكه غدا من كان مملوكا له حال التكلم أو ملكه الى غد خلافا لابى يوسف فان على قوله لا يتناول الا المملوك فى الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان فى ملكى عند الموت مدبر وهو منتف أو يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك أملكه الى سنة أو شهر أو الى أن أموت أو أبدا لزم أن لا يعتق ما كان فى ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الاقسام فتعين الاول وهو أن يعتق الكائن فى ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ماذكرنا وعرف من هذا أن صور التراكيب ثلاثة أقسام مايتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لى حر ولا نية له فهو على ما كان فى ملكه يوم قاله ولا يعتق مايستقبل ملكه ومايتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك أملكه الى سنة ونحوه وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك أملكه غدا ففى قول محمد رحمه الله يعتق فى الغد من كان فى ملكه والمستحدث خلافا لابى يوسف وقول محمد أقيس بمسئلته ويشهد بقليل تامل (قوله ولهما أن هذا) أى مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما فى بعض الشروح (ايجاب عتق وايصاء) لان حاصل التدبير ايجاب للعتق مضافا الى مابعد الموت وهذا هو الايصاء به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء اللذين هما معنى التدبير

يشترى مملوكين فاشترى جارية حاملا لا يحنث (قوله والحالة الراهنة) أى الموجودة القائمة وانما سميت

هذا ايجاب عتق وايصاء) امانه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك أملكه أولى فهو حر وأما انه ايصاء فبقوله بعد موتى ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك (ففى الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة) أى المتربصة (والحالة الراهنة) أى الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمرتهن محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها كذا فى الشروح ألا ترى انه يدخل فى الوصية بالمال مايستفيده بعد الوصية وفى الوصية لاولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن يولد بعدها اذا عاش الى وقت موت الموصى والايجاب انما يصح مضافا الى الملك أو الى سببه فهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الايجاب مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذى يشتريه اعتبار الحالة المتربصة وهى حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذى كان فى ملكه

لانه لم يتناوله الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه ولا من حيث الايصاء لانه والايجاب يكون عند الموت فكان حال التملك استقبالا محضا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا حالة التملك وانما هو عند الموت اذا كان موجودا فى ملكه يصير كأنه قال كل مملوك لى أو أملكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحالة المتربصة فيصير مدبرا لكون العتق فى المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك

(قوله ليصير الايجاب مضافا الى الملك الخ) أقول فيه تامل

أملكه أولى حر بعد غد على ماتقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فافترقا وعلى هذا قوله (والايجاب انما يصح مضافا الى الملك) معطوف على قوله وفى الوصايا

والايجاب انما يصح مضافا الى الملك أو الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذى يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهى حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لى أو كل مملوك أملكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ماتقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه فى الحاصل فى الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه ومقتضى الوصية بما يملكه دخول مافى الحالة الراهنة أى الحابسة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ماقبله ومابعده ودخول مافى الحالة المنتظرة أيضا للاتفاق على أنه لو أوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو أوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به وانما اعتبر فى الوصية دخول كل مافى الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال عند الموت كل عبد لى حر فيعتق مادخل فى ملكه قبل ذلك ومنه ماملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد أملكه غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هى جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل فى الحال ولما كان هذا الا ينفى استعمال اللفظ فى معنييه أعنى لفظ أملك وهو ممنوع عندنا أورده المصنف وأجاب بان الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضى فى الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو أمكن ان يقال ان لفظه أوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو ماقدرناه عند موته من قوله كل عبد لى حر فيعتق به مااستحدث ملكه والموجب للتقدير ماذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا وانما يحتاج اليه عند موته فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريحة لانها لم تتناول الا الحال ولا المقدرة لتاخير تقديرها الى ماقبل الموت فلا يكون مدبرا الا مطلقا ولا مقيدا كان دافعا للاشكال *(فروع من تعليق العتق)* قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا أن يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا أن يكون المشترى تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا فى المبسوط وحقيقة الوجه أن يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق فى حال زوال الملك كما لا يثبت فى حال تقرر زواله ولو قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول فى غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعى لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله فى الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبينا مثله فى الطلاق ولو دخل احداهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق بعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت

بالحالة الراهنة لان الرهن هو الحبس والمرء محبوس فيه دون الذى يليه (قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك أو الى سببه) جواب سؤال وهو ان اللفظ لم يتناول فلم يعتق اذا بقى ملكه يوم مات فاجاب ان هذا الكلام

معنى لا أن يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين قال وهو ان يقال ينبغى أن لا يتناول الايجاب المشترى أصلا لا فى الحال ولا فى المآل لان التناول انما يكون مضافا الى الملك أو الى سببه وليس أحدهما فى حقه بموجود فاجاب بان تناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الحالى وقوله (ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال) اشارة الى جواب أبى يوسف ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية الالفاظ الدالة على ذلك فى طرفى الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر لانه يستلزم التنافى بين طرفى كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق فى الحال أو كونه ايصاء فقط ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان فى ملكه وماوجد بعد الموت وأما مابينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان أسهل تأتيا وأسلم من الاعتراض والله أعلم

(قوله ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين الخ) أقول المراد هو الجمع بينهما فى لفظ أملكه أو مملوك لى بجهتين مختلفتين على ماهو مذهب العراقيين (قوله فيدخل تحته ما كان فى ملكه وماوجد بعد الموت الخ) أقول يبقى الكلام فى دخولهما تحته فان أملكه للحال وكذا مملوك لى فان قيل يدخل الملك المستحدث بان يراد باللفظ المجتمع فى الملك عند الموت قلنا فحينئذ يكون كل منهما مدبرا مطلقا على ماصرحوا وهو منتف

فانت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير أنه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذى هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كانه قال عند الدخول الكائن فى غير ملكه أنت حر اذا كلمت فلانا لان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد فى غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فانت حر بعد موتى فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا فى الملك أو مضافا اليه واذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه و بين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق يتجزأ عند أبى حنيفة فيسعى فى قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شئ لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط فى غير ملكه ولو جمع بين عبده و بين ما لا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو حمار وقال أحدكما حر أو قال هذا أو هذا عتق عبده عند أبى حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا أن ينويه ومثله وأصله مر فى الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد أنه اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال أحدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية للجزم ولو قال هذا حر او هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لها كقوله هذا حر أو لا وهذه مسئلة فى الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فانت حر فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار فى شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو وآخر انه كلمه لم يعتق لان فلانا فى هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما فان جحد الاب جازت شهادتهما لانهما ما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وان ادعاه أبوهما فعند أبى يوسف هى باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان شهادتهما يظهر ان صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه فى

ايجاب عتق وايصاء فمن حيث انه ايجاب عتق يتناول المملوك الحالى ولا يتناول المستحدث لان الايجاب يصح مضافا الى الملك أو سبب الملك ولم يوجد فى حق المستحدث واحد منهما فلا يتحقق فى حقه التدبير المطلق و يتناول المستحدث من حيث انه ايصاء فاذا تناولهما الايجاب صار الذى يملكه وقت التكلم مرادا به بلا احتمال فصار مدبرا فلم يجز بيعه فاما الذى ملكه فيما يستقبل فانه لم يصر مرادا الان ما بين حال التكلم وحال الموت مستقبل محض وليس من الحال فى شئ فاذا باعه فقد باعه قبل وجوب حق العتق فصح فاذا لم يبعه حتى بقى على ملكه الى وقت الموت يتناوله الايجاب حينئذ لكونه واقعا على حال الموت فوجب له العتق وصار موصى له فزاحم الاول فى الثلث فوجب أن يقسم الثلث بينهما فيضرب كل واحد منهما فى ذلك بقيمته بخلاف قوله بعد غد لانه يتناول الحالة الراهنة وانما ألحق المستقبل بالحال اذا قام عليه الدليل وهو الايصاء الذى يتصل بحال الموت فالحق حال الموت بالحالة الراهنة ولم يقم الدليل فى تلك المسئلة لان بعد الغد استقبال محض وليس من الحال فى شئ فافترقا فان قيل قد جمعتم بين الحال والاستقبال لان الحالة المتربصة استقبال محض وذا لا يجوز لان قوله أملكه حقيقة للحال مجاز للاستقبال عند البعض وعند البعض هو مشترك بينهما فيؤدى الى الجمع بين الحقيقة والمجاز أو الى تعميم المشترك وكلاهما لا يجوز قلنا هذا الكلام يتناول الموجود من حال الاعتاق ولكن حال الاعتاق من وجه حال التكلم ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عند الموت ولكن بالكلام السابق فصار حالة الموت وحالة التكلم حالة واحدة من حيث انه حال العلة والموجود عند الموت كذلك فصار المتناول من حيث المعنى حالة واحدة و يقال هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء والايجاب لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى سببه فيتناول المملوك من حيث انه ايجاب حتى يصير مدبرا و يتناول من يشتريه من حيث انه ايصاء فجمعنا بينهما بسببين مختلفين وانما لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد وهذا كاختلافهم فى قوله لله على أن أصوم رجبا ونوى به النذر واليمين فان أبا يوسف رحمه الله لم ير الجمع بين النذر واليمين لان أحدهما حقيقة

* رباب

(باب العتق على جعل) الجعل بالضم ماجعل للانسان من شئ على شئ يفعله وكذلك الجعالة بالكسر وانما أخر هذا الباب لكون المال غير أصل فى باب العتق (ومن أعتق عبده على مال) أى مال كان من عروض أو حيوان أو غيرهما (مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بالف درهم) أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بالف (فقبل العبد عتق) ساعة قبوله لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط أداء الالف كما لو قال ان أديت الى ألفا لما قيل انها انما تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك فى الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الافعال بل ما قيل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال (وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك) نفسه فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوها أحدها أن العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال واذا لم يملكه كان ما بذله من العوض فى مقابلة ما ليس بمال وليس بشئ لان المولى يملكه فكان ما بذله فى مقابلة المال والثانى العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة الى نفسه لكونه مبقى على أصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقصاص وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولى فى ذاته بالاعتاق أو بيع نفسه منه فكان ما بذله فى مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان فى بعض الشروح وهذا أيضا ليس بشئ لان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه فكان ما بذله فى مقابلة مال عند المولى والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل به فى يده شئ من المال غاية ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهى ليست بمال لا محالة فكان ما بذله فى مقابلة

(باب العتق على جعل)

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما فى البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه

النكاح والله أعلم

(باب العتق على جعل)

أخر هذا الباب عن ابواب العتق منجزها ومعلقها كما أخر الخلع فى الطلاق لان المال فى هذين البابين من الاسقاط غير أصل بل الاصل عدمه فاخر ما ليس باصل عما هو أصل والجعل ما يجعل للانسان على شئ يفعله وكذا الجعيلة و يقال الجعالة ضبط جيمها بالكسر فى الصحاح وفى غيره من غريب الحديث للقتبى وديوان الادب للفارابى بالفتح فيكون فيه وجهان (قوله ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بالف درهم أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بالف أو بعتك نفسك بالف أو وهبتكها على أن تعوضنى ألفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء بعوض و بلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض فى الحال كما فى البيع وكما اذا طلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه فى العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان فى ملكه حكما للمعاوضات وصار كالبيع فيشترط القبول فى مجلسه ذلك ان كان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده أو أعرض اما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده واذا صار دينا عليه صحت الكفالة به وعليه ما ذكر فى الاصل أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيأ فليس على المولود من ذلك المال شئ لانه ليس على الوارث من دين المورث شئ ولو كانت أعطته فى حال حياتها كفيلا بالمال الذى أعتقها عليه جاز لانها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافى لثبوته بالشرع لضرورة حصول العتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل والمنافى هو الرق فانه ينفى أن يكون للمولى على مرقوقه دين ولان الكفالة انما

الآخر مجاز وهما اجوزاه لانه نذر بصيغته يمين بموجبه والتحقيق هو الاول والله تعالى أعلم بالصواب

(باب العتق على جعل)

(قوله ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بالف درهم) أو على ان لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجزنى بالف فقبل العبد عتق وما شرط دين عليه لانه التزمه بقبوله وقد كانت له ذمة صالحة للالتزام وقد تأكدت بالعتق و يجوز أن يجب المال عليه وان لم يملك ما قابله من ملك المولى كما يجب المال على المرأة بقبول الطلاق وان لم تملك شيأ بمقابلته (قوله حتى تصح الكفالة به) لانه دين مطلق لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح الكفالة به

(باب العتق على جعل) (قوله لانه مال فلا يملك المال) أقول هذا لا يدل على المقصود اذ المدعى انه لا يملك نفسه بعد أداء البدل (قوله وهذا أيضا ليس بشئ) أقول قوله ليس بشئ ليس بشئ فان المراد أنه لم يحصل فى يده شئ من المال على ما هو الشأن فى معاوضة المال بالمال وكونه مالا بالنسبة الى مولاه لا يفيد ذلك (قوله والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا) أقول ضمير لكونه راجع الى العقد

ماليس بمال بل ماهو قوة شرعية وهذا أقرب منهما واذا ثبت أنه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وان رد أو أعرض عن المجلس بالقيام أو بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ماشرط دينا عليه حتى تصح الكفالة به لانه يسعى وهو حر بخلاف بدل الكتابة

حيث لا تصح به الكفالة لانه ثبت مع المنافى وهو قيام الرق فكان ثبوته على خلاف القياس اذ القياس ينفى أن يستوجب المولى الدين على عبده فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد الى الكفالة وقوله (واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد) يعنى فى قوله ومن أعتق عبده على مال وقوله (فشابه النكاح) يعنى اذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان دينا فى الذمة هنا كما جاز ذلك فى تلك العقود (وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس كما اذا أعتقه على مائة قفيز حنطة (ولا يضره جهالة الوصف) بان لم يقل انها جيدة أو رديئة ربيعية أو خريفية فان جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة

قال المصنف (واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه الخ) أقول قال تاج الشريعة يريد به النوع بان قال فرس أو حمار انتهى يعنى يريد المصنف بقوله والحيوان النوع بان قال الخ لكن بقى ههنا بحث يظهر وجهه من كلام ابن الهمام فى شرحه حيث قال ويلزمه الوسط من تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما هو المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ولو لم يسم الجنس بان قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه انتهى وأنت خبير بان جواب هذا البحث يظهر من التامل فى كلام المصنف ألا ترى الى قوله اذا كان معلوم الجنس

ثبت مع المنافى وهو قيام الرق على ماعرف واطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة

تصح بدين صحيح وهو مالا يخرج المديون عنه الا بأداء أو ابراء ممن له وبدل الكتابة يسقط بدونهما بان يعجز نفسه وكما تصح الكفالة به جاز أن يستبدل به ماشاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه فى المجلس فيجوز أن يستبدل به كالاثمان ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام (قوله واطلاق لفظ المال) أى فى قوله على مال ينتظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وان لم يقل جيدة أو صعيدية وكفرس أو حمار أو عبد لان الجهالة يسيرة فتتحمل لانه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح وعلل المصنف كونه معاوضة مال بما ليس بمال بان العبد لا يملك نفسه يعنى الحاصل له فى مقابلة المال ليس مالا لان نفسه بالنسبة اليه ليس مالا لانه مبقى على أصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والدين وان تأخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد وفيها يغتفر ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط فى تسمية الحيوان والثوب بعد تسمية جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروى ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما فى المشهور وهو مذهب مالك وأحمد ولو لم يسم الجنس بان قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو أدى اليه العبد أو العرض فاستحق ان كان بغير عينه فى العقد فعلى العبد مثله وقد علمت أن القيمة فى مثله مخلص وان كان معينا بان قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أو بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان الحكم أنه لو اشترى شيا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا الا أن فى البيع اذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا فى المال جنسه أو مقداره بان قال المولى أعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة أو على ألف وقال العبد على مائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول فى بيانه قوله والبينة بينة المولى اما لاثبات الزيادة أو لانه يثبت حق نفسه ببينته ولو كان هذا الاختلاف فى مسئلة التعليق بالاداء وهى التى تلى هذه المسئلة أعنى قوله ان أديت الى ألفا فانت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط ثم به فالقول قوله فى بيانه بخلاف ماقبلها فان العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما فى الدين الواجب عليه أما هنا فلا يعتق الا بالاداء وانما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى فان أقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ لا منافاة بين البينتين لانه يجعل كأن الامرين كانا فأى الشرطين أتى به العبد يعتق ولان البينتين للالزام وفى بينة العبد معنى الالزام أتم فانها اذا قبلت عتق العبد باداء خمسمائة وليس فى بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال هكذا فاعرف هاتين المسئلتين ولو قال المولى أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه أقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس

لثبوته مع قيام الرق المنافى لثبوت الدين اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا (قوله اذا كان معلوم الجنس) كما اذا أعتقه على مائة قفيز حنطة (قوله ولا تضره جهالة الوصف) يعنى وان لم يقل انها جيدة أو رديئة ربيعية

قال

(ولو علق عتقه باداء المال صح) لان هذه الصيغة أعنى قوله ان أديت الى ألف درهم فانت حر صيغة التعليق فيتعلق عتقه باداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده وللمولى أن يبيعه

قبل الاداء كما فى التعليق بسائر الشروط وقوله (من غير أن يصير مكاتبا) يعنى لا تثبت أحكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه مع مافى يده من أكسابه ولو كاتب أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها ولو حط المال أو أبرأه المولى لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ماذكر فى الجميع وقوله (ومراده التجارة) يعنى من الترغيب فى الاكتساب لانها هى المشروعة عند الاختيار (دون التكدى) لانه يدنئ المرء ويخسه وقوله (وفى سائر الحقوق) يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما أشبهها وقوله (أنه) يعنى المولى (ينزل قابضا بالتخلية) برفع المانع سواء قبض أو لم يقبض وليس المراد بالاجبار ماهو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب أو الحبس وقوله (اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا) احترازعن الكتابة فانها ليست بتعليق لفظى فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظى لعدم ألفاظ الشرط فيه وقوله (ولهذا لا يتوقف على قبول العبد) توضيح لكونه تصرف يمين وقوله (ولا جبر على مباشرة شروط الايمان) متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله (لانه لا استحقاق) تقريره لا جبر الا باستحقاق ولا استحقاق (قبل وجود الشرط) ولهذا أمكنه البيع قبل الاداء وقوله (بخلاف الكتابة) متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله (لانه) أى لان عقد الكتابة (معاوضة والبدل فيها واجب) فكان الجبر بعد الاستحقاق

قال (ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول ان أديت الى ألف درهم فانت حر ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتبا لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على مانبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه فى الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدى فكان اذنا له دلالة (وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفى سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب

اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعى وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال قلت لك أمس أنت حر ان شئت ولم تشأ وقال العبد بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشترى لان القائل أقر بالبيع ولا يتحقق البيع الا بقبول المشترى فهو فى قوله لم تقبل راجع عما أقر به (قوله ولو علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا) وذلك مثل أن يقول ان أديت الى ألفا فانت حر ومعنى صح قوله أى التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتبا لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة فى الانتهاء على مانبين فى خلافيه زفر والكتابة ليست صريحة فى التعليق بل صريحة فى عقد المعاوضة وصار العبد مأذونا ضرورة الحكم الشرعى بصحة هذا التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضى أن يتمكن شرعا من الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذونا لانه الموضع للاكتساب فى العادة وخصوصا عادة المتحققين بصفة أنهم موالى العبيد هو التجارة لا التكدى لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فادى عتق لوجود الشرط (قوله وان أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الاجبار فيه وفى سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها أن ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بان يكون بحيث لو مد يده أخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم أن يحكم بانه قبض هذا اذا كان العوض صحيحا أما لو كان خمرا أو مجهولا جهالة فاحشة كما لو كان قال له ان أديت الى كذا خمرا أو ثوبا فانت حر فادى ذلك لا يجبر على قبولهما أى لا ينزل قابضا الا ان أخذه مختارا وأما عدم العتق فى قوله ان أديت الى ألفا فحججت بها فانت حر فلا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة ولذا ان كان قال ان أديت الى ألفا أحج بها يجبر على القبول لان الاداء اتمام الشرط والحج وقع مشورة وقال زفر لا يجبر على القبول أى لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان أخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق بل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على أن يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا أتى به أما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم أن الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط اذا حف بما يقتضيها كقوله ان أديت الى ألفا كل شهر مائة فانت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره فى الدراية مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة فى مبسوط شمس الائمة وذكر أن هذا هو المذكور فى نسخ أبى سليمان وفى نسخ أبى حفص لا يكون مكاتبا وله بيعه لانه تعليق

أو خريفية (قوله ومراده التجارة دون التكدى) لانه حرام أو لانه من امارة الخساسة (قوله

(ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ) كما ذكرنا (ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ماعلق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ) بان يقول ان أديت الى ألفا فانت طالق (حتى) لو طلقها بهذه الصفة (كان بائنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد) فانه ما تحمل المشقة فى اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن جعله معاوضة أصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك للمولى لانه قبل الاداء عبد وهو وما فى يده لمولاه أجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذى بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو أن يصير العبد أحق بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب مالا قبل الكتابة فانه يصير أحق بذلك المال حتى لو أدى ذلك

عتق كذا فى النهاية وغيره منسوبا الى مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين

ولنا أنه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ماعلق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول

بشروط وهو أن يؤدى المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية أبى سليمان أنه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعانى لا للالفاظ واستشهد لابى حفص بما لو قال ان أديت الى ألفا فى هذا الشهر فلم يؤده فيه وأداه فى غيره لا يعتق اتفاقا وأجيب بانه ليس فى هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التامل (قوله ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه ماعلق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية) من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهو معنى المعاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلابد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا فى الطلاق اذا قال ان أديت الى ألفا فانت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تاخر هذا الاعتبار الى وقت أدائه اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ماذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد أجيب بان هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا يتم ان أريد بالمبدل العتق أما ان أريد به الاعتاق الذى هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بادائه وان أنزل مكاتبا كما أن المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيفما قرر فاما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا لتضرر

فجعلناه) تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يتم بالمولى وحده ولا يحتمل الفسخ ولا يمتنع جواز البيع ولا يسرى الى الولد المولود قبل الاداء ولا يكون العبد أحق باكسابه (قوله وجعلناه معاوضة فى الانتهاء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول اذا أدى العبد المال) كما فى الكتابة اذا الجبر يجرى على

أحدهما أن ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلابد من اثباته والثانى أن حصول شرط صحة الشئ عبارة لا يقتضى صحته فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب فى الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها وهى معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى فيكون ملحقا بالكتابة بدلالة

(قوله لأن البدل والمبدل الخ) أقول لعله أن المبدل هو ثبوت القوة الحكمية كما سبق وليس ذلك ملك المولى ولا تمس الحاجة فى تتميم السؤال الى كون المبدل فى ملكه بل يكفى حصوله بسببه ومن جهته فليتأمل (قوله ملك للمولى) أقول يعنى رقبة وتصرفا (قوله وفيه نظر من وجهين الى قوله فلابد من اثباته) أقول يكفى فى اثباته ما ذكره المصنف ولم يتم ما عورض به لتوجه المنع الى قوله كلاهما عند الاداء ملك المولى وسنده أنه يجوز أن يكون ملك العبد سابقا على الاداء بطريق الاقتضاء فيندفع النظر الثانى أيضا فان مراد المجيب أنه يجوز أن تحصل الصحة مع شرطها كما لا يخفى فليتامل (قوله ولعل الصواب فى الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذى ذكرتم قائم فيها) أقول كيف يكون قائما فيها وليس للمولى ولاية التصرف فى ماله ويجوز اشتراء شخص ماله بماله لاستفادة ولاية التصرف فيه صرح به فى المرابحة والتولية وغيرهما وفى التعليق ليس كذلك (قوله فلان يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى) أقول فيه بحث اذ لا كلام لاحد فى صحة العتق على مال وانما النزاع فى الاجبار على القبض ووجود معنى التعليق فيه يمنع من الاجبار ولا يفيد الاولوية بالطريق فالمآل الى مانقل عن شيخ الاسلام كما لا يخفى على أولى الافهام (قوله فلابد من اثباته) أقول يكفى فى اثباته ما ذكره المصنف

فعلى

فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو أدى البعض يجبر على القبول الا انه

السيد اذ يمتنع بيعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه أداء مال وتسرى الحرية الى المولود للامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف ما لو كان عبدا لان رق الولد وحريته تابعة لامه والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه أى على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التى بعضها يقتضى اعتباره تعليقا وبعضها يقتضى اعتباره معاوضة الا أنه لما تاخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها الا ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المؤدى زيوفا فان له أن يرجع بقدره جيادا وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وانزاله قابضا اذا أتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره بالنسبة الى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التى هى الكتابة فى صور كثيرة الاولى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفى يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للمولى حط عنى مائة فحط المولى عنه مائة وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكروها والظاهر أنه لا موقع لهذا الفرق بعد تحقق الابراء فى الموضعين يكون والابراء لا يتصور فى هذه المسئلة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو رد عليه بخيار عيب ففى وجوب قبول ما يأتى به خلاف عند أبى يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف فى أنه يجب أن يقبله ويعد قابضا ووجه قول محمد أن وجوب القبول وانزاله قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير أنه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف فى الايمان بالطلاق وقول أبى يوسف عندى أوجه لان الكتابة التى تبطل بالبيع هى القائمة عنده وأنت علمت أن انزاله مكاتبا انما هو فى الانتهاء وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس الا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعا فتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها ومنها وجوب القبول اذا أتى بالمال السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق ما لم يؤد فى ذلك المجلس فلو اختلف بان أعرض أو أخذ فى عمل آخر فادى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظة ان فان كان لفظة متى أو اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدى بخلاف المكاتب التاسعة أن للسيد أن ياخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن ياتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة أنه اذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فياخذه بخلاف المكاتب الحادية عشرة لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فاداه بعده اليه عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر بخلاف الكتابة لا يعتق بادائه لانه ملك المولى الا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فانه حينئذ يصير به أحق من سيده فاذا أدى منه عتق (قوله ولو أدى البعض يجبر على القبول الا أنه لا يعتق) لان شرط العتق أداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وأدى الباقى فانه لا يعتق كما

قبض العوض فى المعاوضات وان لم يجبر فى التعليقات وهذا لان المولى رضى بالعتق عند أداء العوض اليه والعبد ما تحمل المشقة فى اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فلو لم يجبر عليه لتضرر العبد ولو أجبر لا يتضرر السيد به فان قيل لا يمكن جعله معاوضة لان البدل والمبدل عند الاداء كله للمولى قلنا لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذى بينا يثبت شرط صحته اقتضاء وهو أن يصير العبد أحق بالرد فيثبت هذا سابقا على الاداء متى وجد الاداء (قوله فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل) أى فعلى العمل بالشبهين دار المعنى الفقهى وخرجت المسائل المتعارضة باعتبار الابتداء والانتهاء (قوله نظيره الهبة بشرط العوض) فانه

وقوله (فعلى هذا) أى على العمل بالشبهين (يدور المعنى الفقهى وتخرج المسائل) المتعارضة يعنى أن قوله ان أديت الى ألف درهم فانت حر ألحق فى بعض الاحكام بمحض التعليق وهى ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره وألحق فى بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود عملنا بالشبهين شبه التعليق فى حالة الابتداء وشبه المعاوضة فى حالة الانتهاء كما فى الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء حتى لم تجز فى المشاع واشترط القبض فى المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة فى العقار ويرد بالعيب ولو أدى البعض يجبر على القبول لان الذى أتى به بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار على قبول الكل ثبت فى البعض كما فى الكتابة

(قوله ويعتق) لعل صوابه ولا يعتق لعدم وجود شرط العتق وهو الاداء للمولى كذا بهامش نسخة الشيخ العراوى

وهذه رواية الزيادات وقيل هو استحسان وماذكر في مبسوط شيخ الاسلام انه لا يجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث انه عتق عما أداه الى المولى وانما يعتق باداء الجميع فمالم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس الا أنه باداء البعض لا يعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وأدى البعض الباقى لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف الكتابة لان المال هنالك واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو البعض ولو أدى ألفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق أما الرجوع عليه بالف أخرى مثلها فلان الالف التى أداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود باداته لان مقصوده أن يحثه على الاكتساب ليؤدى من كسبه فيملك المولى مالم يكن فى ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك وأما أنه عتق فلوجود شرط الحنث لما أن كون الالف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان وأداه (ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس) وهذا ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه لا يقتصر عليه كما فى التعليق بسائر الشروط وجه الظاهر ماذكره بقوله لانه يخير العبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشيئة العبد اذا قال أنت حر ان شئت فان قيل قد تقدم أنه يصير ماذونا له فى التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس أجيب بان الاذن يكون فى صورة اذا أديت أومتى أديت فان الاداء فيهما لا يقتصر على المجلس ويجوز أن يقال لا تنافى بينهما لجواز أن يكون ماذونا بالتجارة و يقتصر الاداء على المجلس و يتجر فيه ويؤدى المال قبل الافتراق بالابدان (ومن

لا يعتق مالم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وأدى الباقى ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفى قوله اذا أديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى

ذكرنا فى المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ولا خفاء فى ورود منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به يتحقق شرط العتق الذى هو حق العبد وليس أداء البعض كذلك الا اذا كان فى ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار أنه محقق للكل لا باعتبار أنه بعضه فلذا كان فى هذه المسئلة خلاف وماذكره المصنف هو المذكور فى الايضاح وذكر شيخ الاسلام أنه لا يجب قبوله كما ذكرنا وذكر فى شرح الطحاوى أن عدم وجوب قبوله قول أبى يوسف وأنه القياس والاستحسان هو أن يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه وهو وجه الاستحسان أن وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن أداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه ومما تقدم يعلم أن السيد لو حطه منه قبل أن يأتيه به جاز ولا يحتسب له به من أداء المشروط (قوله ثم لو أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه) بمثلها أما العتق فلوجود الشرط وهو أداء الالف حتى يعتق لو كانت ألفا مغصوبة الا أنه لا يجب عليه قبول المغصوبة وأما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها اضافة للمصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانه ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء و يصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق وهذا لوجه النظر فى الغرض وهو أن يعتقه باداء ألف يحدث حصولها له فيملك مالم يكن مالكاله وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى (قوله ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس) فلو اختلف المجلس بان قام العبد أو أعرض أو أخذ فى عمل آخر ثم أدى لا يعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس فى كلامه مايدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتهما عليه فلا يتوقف ففى أى وقت أدى عتق وعن أبى يوسف أن ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بان ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء فى مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت

يعتبر التقابض فى العوضين و يبطل بالشيوع و يرد بالعيب وخيار الرؤية عملا بالشبهين (قوله كما اذا حط البعض وأدى الباقى) يعنى لا يعتق باداء البعض فانه اذا أبرأ المكاتب عن بعض البدل وأدى الباقى عتق لان المال ثمة واجب على المكاتب فيتحقق ابراؤه عنه سواء أبرأه عن الكل أو حط بعضه وهنا لا مال على العبد فبطل الحط والابراء ولا يعتق مالم يتم الشرط كما اذا قال ان كلمت زيدا وعمرا فانت حر ثم قال له حططت عنك كلام أحدهما فانه لا يصح لان الحط فسخ لان قدر المحطوط يخرج عن العقد واليمين لا يحتمل الفسخ (قوله ثم الاداء فى قوله ان أديت يقتصر على المجلس لانه تخيير) كما فى قوله أنت حر ان شئت فلا بد من المشيئة فى المجلس لا يقال فلما أدى فى المجلس كان المجلس متبدلا لان مجلس الاداء غير مجلس التعليق كما ان مجلس المناظرة غير مجلس التعليق وهنالك يتبدل فكذا هنا لانا نقول انما لزم هذا من ضرورة تحقق أحد حكمى التعليق وهو الحنث فكان مستثنى كما ان مالزم من ضرورة تحقق الحكم الآخر للتعليق وهو البر فى قوله لا يلبس هذا الثوب وهو

(قوله وماذكر فى مبسوط شيخ الاسلام الى قوله هو القياس) أقول فوجه القياس تضمن الجواب عن وجه الاستحسان فيكون الاخذ به أولى ثم قوله وماذكر مبتدأ وخبره قوله هو القياس (قوله أجيب بان الاذن الى قوله لا يقتصر على المجلس) أقول الاقتصار على صورة اذا ومتى لا يلائم

(ومن قال لعبده أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال الا أنه لا يجب المال لقيام الرق

يتخير فى أى وقت شاء و يجاب بانه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى أن معنى كونه ضرورة الفعل أن تحقيق الفعل بدونه لا يمكن فلا يثبت مدلولا أصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده أى وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب أن يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر فى حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء *(فرع)* قال ان أديتما الى ألفا فانتما حران فادى أحدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق أداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام فى المعاوضات ولذا لو أدى أحدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط أداؤهما فلا يتم باحدهما فان قال المؤدى خمسمائة من عندى وخمسمائة بعث بها صاحبى لأؤديها اليك عتقا لان أداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو أداؤهما ولو أدى عنهما أجنبى لا يعتقان لانه ليس أداءهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمؤدى أن يرجع على المولى لانه أدى ليعتقا ولم يحصل مقصوده فان قال أؤديها اليك على أنهما حران أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدى بالمال على السيد أما العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما وأما حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبى ولو قال هما أمرانى أن أؤديها اليك فقبلها عتقا لانه رسول عنهما (قوله ومن قال أنت حر بعد موتى على ألف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال أنت حر غدا بالف) فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب فى عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر فى محله ومجلسه وقت وجوده والاضافة تؤخر وجوده الى وجود المضاف اليه وهو هنا ما بعد الموت ولو أمكنت اضافة فى البيع ونحوه وجب فيه أيضا كون قبول البيع يتأخر الى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لانه ايجاب للتدبير فى الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق فى المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا عتق بعد الموت لا يلزمه شئ لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا لا فائدة فى تعليقه بالقبول الا لظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر وصار كما اذا علق تدبيره بدخوله الدار وأورد أن قوله أنت مدبر على ألف هو معنى أنت حر بعد موتى على ألف فينبغى أن يشترط فى مسئلة الكتاب القبول فى الحال أجيب بان مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفى الايمان يعتبر اللفظ وليس فى قوله أنت مدبر على ألف اضافة لفظا ليكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفى النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر فى الحال فى أنت مدبر على ألف لانه قابل الالف فى التدبير بحق الحرية وحق الحرية محقق قبل الموت واعتبر بعد الموت فى أنت حر بعد موتى على ألف لانه قابلها بحقيقة الحرية وحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت ولا يخفى أن التدبير ليس معناه الا الاعتاق

لابسه صار قدر اللبس الذى يوجد عند النزع مستثنى ليحصل مقصود الحالف (قوله بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم) حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق فان قيل ما فائدة القبول والتدبير غير محتاج الى القبول والمال غير واجب قلنا التدبير لا يحتاج الى القبول اذا لم يعلقه بالقبول وهنا علقه بالقبول وهذا كقوله ان شئت فانت طالق غدا فان المشيئة تشترط للحال بخلاف ما اذا قال أنت طالق غدا ان شئت فانه لا تشترط المشيئة فى الغد لانه أضاف الطلاق الى الغد ثم جعل المضاف الى الغد معلقا بمشيئتها فكان لها المشيئة فى الغد ضرورة وهنا علق الطلاق بمشيئتها أولا ثم جعل

(ومن قال لعبده أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى ما بعد الموت وكل ماهو كذلك يقتضى أن يكون القبول بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب (فصار كما اذا قال أنت حر غدا بالف درهم) لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى زمان والقبول متأخر اليه لئلا يقع قبل الايجاب (بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى الحال) على ما سيجىء فيكون القبول كذلك (الا أنه لا يجب المال) مع قبوله (لقيام الرق) اذ التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف ما لو أعتقه على مال لانه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحر والمولى قد يستوجب مالا على معتقه فان قيل لما لم يجب المال فى المدبر على

ظاهر تقرير المصنف فانه وضع المسئلة فى ان حيث قال وذلك مثل أن يقول ان أديت الخ

قالوا لا يعتق عليه فى مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق

المضاف الى مابعد الموت وذلك هو الثابت فى كل من قوله أنت مدبر أو أنت حر بعد موتى بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق الحرية فرعا عن صحة تلك الاضافة التى هى التدبير لا أن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق واعلم انه روى عن أبى حنيفة فى نوادر بشر بن الوليد اذا قال أنت مدبر على ألف ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه فاذا مات المولى وهو فى ملكه وقال قبلت أداء الالف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان فى أن القبول بعد الموت وروى عن أبى يوسف فيها ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن أبى يوسف فى الاملاء اذا قال ان مت فانت حر على ألف درهم القبول على حالة الحياة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين فى أن القبول حالة الحياة الا انه اختلف كلامه فيهما فى لزوم المال وذكر السرخسى عن ابن سماعة عن محمد لو قال أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر فى الجامع فى مسئلة أنت حر بعد موتى على ألف أن القبول بعد الموت فقد سوى بينهما فى هذه الرواية فى أن القبول بعد الموت كما سوى أبو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك وحينئذ فما قيل انهم أجمعوا انه لو قال أنت حر على ألف بعد موتى فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب أن يجعل قول أبى يوسف فى قوله اذا مت فانت حر على ألف أن القبول فى حالة الحياة رواية فى أنت حر بعد موتى على ألف بان القبول فى حالة الحياة بل أولى لان هنالك الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول فى الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى أن الاعدل هو لزوم المال على ماذكرناه عن أبى يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فانت مدبر وهذا لان المولى ما رضى بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر فى ذلك ولا مانع شرعى منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب العتق كما فى المكاتب وان لم يستحق عليه بسبب غيره على أن المروى عن أبى يوسف ومحمد فى المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وحينئذ يكون حرا فالحاصل تأخر وجوب المال الى زمن حريته فلا يلزم ماذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق وأما وقوع العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق مالم يعتقه الورثة وزاد غيره أو الوصى أو القاضى ان امتنعوا الا أن الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصى لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فانت حر فدخل لا يعتق واذا أعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولذا لو أعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بان الميت ليس أهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره واعترض بان الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت وأجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بان هنالك الموجود بطلان أهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة فى المحل وهو خروجه عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو فى ملك غيره ولا يخفى أن هذا ليس دافعا للسؤال وهو أن ما علل به من فوات أهلية المعلق لا أثر له وماذكر من خروج المحل عن محلية عتقه ان أراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بان انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر فى عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد أنه علل بما لا أثر له فاجاب المجيب بابداء علة أخرى أو مانع وقال هذا جواب هذا السؤال والصواب فى الجواب أن المصنف حيث علل بان الميت ليس أهلا للاعتاق لم يبين أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره ومبنى السؤال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده أنه ليس أهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك

المعلق بمشيئتها مضافا الى الغد فلا بد من المشيئة لتصح الاضافة الى الغد (قوله قالوا لا يعتق عليه فى مسئلة الكتاب) مالم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح وانما لم يعتق ههنا بدون اعتاق الوارث

الالف ما الفائدة فى تعليق التدبير بالقبول أجيب بانها بيان أنه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال وقوله (قالوا) يعنى المشايخ (لا يعتق فى مسئلة الكتاب) أى الجامع الصغير وهى قوله أنت حر بعد موتى على ألف درهم (وان قبل بعد الموت مالم يعتقه الوارث) أو الوصى أو القاضى (لان الميت ليس باهل للاعتاق) فى ذلك الوقت

قال المصنف (وهذا) أى قولهم لانه لا يعتق مالم يعتقه الوارث (صحيح) بناء على أنه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وأهلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف التدبير فانه ايجاب فى الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفى مثل هذا لا يعتق الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل أنت مدبر على ألف درهم معناه أنت حر بعد موتى على ألف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغى أن يكون الايجاب فى مسئلة الكتاب فى الحال حتى يشترط القبول أيضا فيه أجيب بان هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع وفى الايمان يعتبر اللفظ وليس فى قوله أنت مدبر على ألف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده وفى مسئلة الكتاب أضاف الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين) أى ومن قال لعبده أنت حر على أن تخدمنى أربع سنين (فقبل العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه فى ماله عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد

وهذا صحيح قال (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه فى ماله عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين) أما العتق فلانه جعل الخدمة فى مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لانه يصلح عوضا

الورثة فصار أجنبيا عنه وانما لزم خروجه الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما أورده شارح فقال ينبغى أن يعتق حكما لكلام صدر من الاهل فى المحل وان كان الميت ليس أهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر فى حال أهليته ثم استدل على ذلك بان القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى أن بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا اشترط أن يكون فى ملكه عند نزول العتق ثم نفى الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل أعتقه القاضى ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له نعم يقال اذا كان العتق لا بد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم أمرهم بالاعتاق ان كان بسبب انه لا سائبة فلو بقى فى ساعة القبول بلا مالكهم لزم السائبة فلم لم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من أن يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لان القبول لا يعتبر بعده بل يتقيد به وما تقدم من نوادر بشر من قول أبى حنيفة فاذا مات المولى وقال قبلت أداء الالف عتق ظاهر فى عدم تأخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل به ذلك الشارح أيضا مع أن فى المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتأخرين من قال ينبغى أن لا يعتق مالم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا أصح فانه يفيد بعد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحى لان العتق بقوله أنت حر المعلق أو المضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول أثره بعد موته الا أنه يبقى عليه اشكال هو لزوم أن يبقى على ملك الميت شهرا فيما اذا قال أنت حر بعد موتى بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا أثر له فان الموجب حاجته الى ماذكر وهى متحققة فيهما وسيأتى لبعضهم فرق فى الباب بعده (قوله ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين) مثلا أو أقل أو أكثر (فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه) أى على العبد (قيمته عند أبى حنيفة فى قوله الآخر وهو قول أبى يوسف وفى قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين) أما العتق فلانه جعل الخدمة وهى معلومة اذ هى خدمة البيت المعتادة فى مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبولها كما فى غيره من المعاوضات لانه صلح عوضا لان المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صح مهرا مع أنه تعالى أمر بابتغاء النكاح بالمال ثم اذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف فى مسئلة أخرى وهى ما اذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت أو هلكت قبل

لان العتق تأخر عن الموت الى أن يقبل والعتق متى تأخر عن الموت لا يثبت الا باثبات واحد من الوارث والوصى والقاضى لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق وذلك لانه لما كان لا يعتق الا بالقبول لم يكن العتق معلقا بمطلق الموت وفى مثل هذا لا يعتق الا باعتاق من هؤلاء كما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق أحد (قوله ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين) بان قال أنت حر على أن تخدمنى

 وهو قول أبى حنيفة الاول عليه قيمة خدمته أربع سنين أما العتق فلان الخدمة فى مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق) وكل ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لانه الحكم فى الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه

(قوله أجيب بان هذا يمين الخ) أقول لتدبير ليس بيمين على ما سيجىء من المصنف الاشارة اليه ويفصله الشارح فى الدرس الآتى

خدمة أربع سنين لانه يصلح عوضا الحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا اصلحت صداقا مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا باموالكم (فصار كما اذا أعتقه على ألف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية أخرى وهى أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهى) أى مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية

اذا استحقت (معروفة) فى طريقة الخلاف وذكر فى الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا باس بذكر ذلك وجه قول محمد أن الخدمة بدل ماليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك هذا فى المبنى ولقائل أن يقول هذا مناقض لما قال المصنف فى أول الباب من انه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب أن الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه لما ذكرنا وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح باى مال كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية فانه اذا مات العبد ووقع العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على ما ذكره وأما المبنى عليه فوجه محمد أن هذا بدل ماليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات العبد ومن فتفاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد وقوله (وكذا بموت المولى) يعنى أن موت المولى فى هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله

فصار كما اذا أعتقه على ألف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى وهى أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهى معروفة ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها

تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فكذا عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وان ذكره فى الكتاب ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس باولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائى ولم يقل أحد انه ترجع الورثة فى موت المولى بعين الخدمة قيل لان الناس يتفاوتون فى الاستخدام وقيل بل الخدمة هى المعتادة من خدمة البيت لكن لان الخدمة منفعة وهى لا تورث وجه قول محمد وهو قول الشافعى وزفر أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ماليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ اذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثليا وصار كما اذا تزوج على جارية أو خالع عليها أو صالح عن دم عمد ثم استحقت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقا وجه قولهما أنها بدل ما هو مال وهو العبد وان كان لا يملك نفسه كما اذا اشترى عبدا أقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال بالنسبة الى السيد حيث أخذ مالا فى مقابلة اخراجه مالا عن ملكه نعم هنا ملاحظة أخرى وهى اعتبار ما أخذ فى مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفى الامر الثابت فى نفس الامر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض فصار كما اذا باع عبدا بجارية ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لانه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد وعندهما بقيمة ثلاثة ارباع رقبته وعلى هذه النسبة قس وعلى هذا لو أعتق ذمى عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول فان أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا فى المعاوضة أما لو كان قال ان خدمتنى أربع سنين أو سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع ان كان الميت المولى وكذا لو أعطاه مالا عوضا عن خدمته أو أبرأه المولى منها أو بعضها على ما تقدم

أربع سنين فقبل فهو حر (قوله فالخلافية بناء على خلافية أخرى وهى ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت) فى يد العبد قبل التسليم رجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده له انه معاوضة المال بما ليس بمال لان نفس العبد ليست بمال فى حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد ولم يسلم العبد اليها حتى استحق فانها ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع أى مهر المثل ولهما انه معاوضة مال بمال لان العبد مال فى حق المولى وكذا المنافع بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى اباه بامة فهلكت قبل القبض أو استحقت فان البائع يرجع بقيمة أبيه لا بقيمة الامة وكما لو باع العبد بسكنى دار وقبض العبد ومات عنده ثم انهدمت الدار واستحقت فانه يرجع بقيمة العبد (قوله ثم استحقت الجارية أو هلكت) قبل التسليم الى المولى فى يد العبد (قوله وكذا بموت المولى) أى ان مات المولى فللورثة أن

(ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على) لم يذكر فى بعض النسخ على اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكر فى بعضها للتأكيد والمسئلة ظاهرة وقوله (وقد قررناه من قبل) يعنى فى الخلع فى مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة والفرق أن الاجنبى فى باب الطلاق كالمرأة فى عدم ثبوت شئ لهما بالطلاق اذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الاجنبى بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال فى مقابلة ذلك وليس الاجنبى كالعبد حيث لا يثبت به له شئ أصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشترى فلا يجوز وقوله (ولو قال أعتق أمتك

عنى بالف درهم والمسئلة بحالها) أى قال على أن تزوجنيها ففعل فابت أن تتزوجه (قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه) والوجه ما ذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (على ما عرف) يعنى فى أصول الفقه وفيه شبهتان احداهما أن هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولانه ادخال صفقة النكاح فى صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثانية أن البيع اذا كان فاسدا ويجب فيه العوض تجب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فان البيع صحيح فى العبد بحصته من الثمن كما سياتى وأجاب الامام شمس الائمة السرخسى عن الاولى بان الامة تنتفع بهذا الاعتاق فى هذا الوجه تصير قابضة نفسها ادنى قبض وأدنى القبض يكفى فى البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية بان البيع مندرج فى الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فى عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن

(ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوجنيها ففعل فابت أن تتزوجه فالعتق جائز ولا شئ على الآمر) لان من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم على ففعل لا يلزمه شئ ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم على ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبى فى الطلاق جائز وفى العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل (ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر بطل عنه) لانه لما قال عنى تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع

وكذا لو قال ان خدمتنى وأولادى فمات بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق (قوله ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على ان تزوجنيها) وفى بعض النسخ زيادة لفظ على قبل على أن تزوجنيها وليس فى عامة النسخ وهى أدل منه على ايجاب المال على المتكلم وان كان كذلك مع تركها أيضا فاذا اعتق فاما أن تزوجه أولا ولا يلزمها تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تتزوجه لا يجب على الآمر شئ أصلا لان حاصل كلامه أمره المخاطب باعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروط عليه اعنها وعن مهرها فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها وأما حصة العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبى بخلاف الخلع لان الاجنبى فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك مالم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية وهى ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج والتزوج وغير ذلك من الشهادات والقضاء ولا يجب العوض الا على من حصل له المعوض وان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب قيمتها سقط منه وما أصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان مهرها ألفا وقيمتها ألفا سقط عنه خمسمائة ووجب خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقوله وقد قررناه من قبل يعنى ما ذكر فى خلع الاب ابنته الصغيرة حيث قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبى صحيح لكنه لم يذكر أن اشتراط بدل العتق على الاجنبى غير صحيح (قوله ولو قال أعتق أمتك عنى على ألف درهم)

يأخذوه بما بقى من خدمة السنة من قيمته عندهما وعند محمد رحمه الله بما بقى من قيمة الخدمة قال عيسى وهذا غلط بل على قولهم جميعا ههنا يأخذونه بما بقى من خدمة السنة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه بعد موته كما لو كان أعتقه على ألف درهم واستوفى بعضها ثم مات كان للورثة أن يأخذوه بما بقى من الالف ولكن فى ظاهر الرواية يقول الناس متفاوتون فى الخدمة وانما كان الشرط أن يخدم المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد الا أن هذا التعليل ليس بقوى فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهو معروف بين الناس لا يتفاوتون فيه فلا يفوت بموت المولى ولكن الاصح أن يقول الخدمة عبارة عن المنفعة والمنفعة لا تورث فلا يمكن ايفاء عين الخدمة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمته أو قيمة الخدمة على ما اختلفوا (قوله وقد قررناه من قبل) أى فى الخلع فى مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة (قوله ولو قال أعتق أمتك عنى) على

(قوله وقوله وقد قررناه من قبل الخ) أقول وقد سبق فى فصل ومن ملك ذا رحم محرم أنه حوالة غير رائجة فراجع الى الشرح ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى ما ذكره فى الخلع والى ما ذكره فى ذلك الفصل فانه بين صحة تحمل الاجنبى بدل الطلاق فى الخلع وعدم صحة تحمله بدل العتاق فى الفصل فتامل (قوله تصير قابضة نفسها الخ) أقول فاعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف

نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين *(باب التدبير)*

على أن تزوجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها ففعل أي أعتق قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها على ما بيناه فما أصاب قيمتها أداه للمأمور وما أصاب المهر سقط عنه يعني ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها وجب لها عليه وانما وجب للمأمور حصة قيمته هنا لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بالف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن أخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي أن يفسد لانه ادخال صفقة في صفقة واذا فسد وجب اما عدم وقوع العتق لانه من جهة الآمر وهو لم يقبضها والمبيع في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمأمور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها أجيب بانه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا في البيع ضمناله فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسد به ولا يخفى أنه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المصنف لم يذكره يعني محمدا في الجامع الصغير وقوله في الوجه الاول يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني والوجه الثاني هو ما ذكر فيه وقوله في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكر اذا زوجت نفسها وقد بيناه من قبل

(باب التدبير)

لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحياة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر

ألف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت أن تتزوجه وقع العتق عن الآمر وقسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر فان قيل وجب أن لا تعتق الامة عن الآمر لان البيع فيها فاسد لانه بيع بحصتها من الالف أو لانه أدخل النكاح في البيع وادخال الصفقة في الصفقة مفسد للبيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض ولا عتق عنه فيما لا ملك له فيه ألا ترى انه لو قال أعتقها عني فاعتقها عنه يقع العتق عن المأمور لانه استيهاب والهبة لا تفيد الملك بدون القبض وان كان العتق عن الآمر ينبغي أن يجب عليه قيمة الامة لانه موجب البيع الفاسد قيل ان البيع هنا في ضمن الاعتاق عنه فاخذ حكمه لما عرف ان المقتضى تبع للمقتضي والبيع انما يفسد بالشروط الفاسدة اذا وقع قصدا الا أن هذا يشكل بما لو قال أعتق عبدك عني بالف درهم ورطل من خمر فانه قال في الكتاب هذا بيع فاسد وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله ان الامة تنتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض والقبض الادنى يكفي للبيع الفاسد ولا يكفي للهبة كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة ومع اتصال الثمار على رؤس الاشجار يكفي لوقوع الملك في البيع الفاسد دون الهبة على ان الفاسد ممنوع فان منافع البضع متقومة عندنا وايراد العقد عليهما وقران ما هو متقوم في نفسه غير مفسد للبيع كما اذا جمع بين عبد ومدبر في البيع وذكر فخر الاسلام والامام الكشاني رحمهما الله لم يبطل البيع بشرط النكاح لانه مندرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق فلم يبطل بالشرط الفاسد كالاعتاق (قوله فلو زوجت نفسها منه) لم يذكره أي في الجامع الصغير (قوله في الوجه الاول) أي فيما اذا لم يقل عني (قوله وهي للمولى في الوجه الثاني) أي فيما اذا قال عني والله أعلم بالصواب

(باب التدبير)

وقوله (فلو زوجت نفسها منه) يعني في المسئلتين (لم يذكره محمد) في الجامع الصغير وجوابه ان ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو ما اذا لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما أصاب مهر مثلها كان مهرا للامة في الوجهين

(باب التدبير)

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحياة ظاهر المناسبة والتدبير في اللغة هو النظر الى عاقبة الامر وفي الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بالفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك أو أنت مدبر أو دلالة كقوله اذا مت فانت حر أو أنت حر مع موتي أو في موتي وكقوله أوصيت لك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو بثلث مالي وحكم التدبير

(باب التدبير)

(اذا

(اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبرا) لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر

وهذا أحسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما أن التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخرها الى ههنا ثم التدبير لغة النظر في عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا أو معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يدا ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب أن يقال ملكه متزلزل اذ لا شك في أنه مالك شرعا لكنه بعرض أن يزول بتعجيزه نفسه وغاية الامر أن بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك الامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون وفي المبسوط فاما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد أو المكاتب اذا أعتقت فكل مملوك أملكه حر فعتق فملك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد أضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك أملكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبي حنيفة وقالا يعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو في تدبير المالك أما الوكيل فلا ففي المبسوط لو قال لصبي أو مجنون دبر عبدي ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق واذ قد انجر الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدي فدبره أحدهما جاز ولو جعل أمره في التدبير اليهما بان قال جعلت أمره اليكما في تدبيره فدبره أحدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به أحدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء ألا ترى أن له أن ينهاهما قبل أن يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الامر اليهما كذا في المبسوط (قوله اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك صار مدبرا) لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه أي التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فافاد أن كلما أفاد اثباته عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلاثة أقسام الاول ما يكون بلفظ اضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتي والثاني ما يكون بلفظ التعليق كان مت أو اذا مت أو متى مت أو حدث بي حدث أو حادث فانت حر والحدث والحادث في الموت وكذا أنت حر مع موتي أو في موتي فانه تعليق العتق بالموت بناء على أن مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال أنت مدبر بعد موتي يصير مدبرا في الحال لان المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان هذا وأنت حر بعد موتي سواء وكذا أعتقتك أو حررتك بعد موتي والثالث ما يكون بلفظ الوصية كأوصيت لك برقبتك أو بنفسك أو بعتقك وكذا اذا قال أوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفي الكافي أنت حر أو مدبر أو عتيق يوم يموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لانه قرن به ما لا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا لجواز أن يموت ليلا يعني فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر وانما كانت صرائح لانها استعملت في الشرع كذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في أم الولد فهي معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط ثم تو ورثت بلا شبهة في هذا المعنى ولو قال أنت حر بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم أن يبيعوه وان مات فلان أولا يصير مدبرا مطلقا فليس له أن يبيعه خلافا لزفر لانه كما لو قال اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه أو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتي فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتي ان شئت ينوي فيه فان نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشيئة بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجود الشرط

(قوله اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر) وكذا اذا قال أنت مدبر بعد موتي أو أنت حر مع موتي وكذا

قال المصنف (لان هذه الالفاظ صريح) أقول يعني غير الاول أو غلب الصريح على غيره

(ثم لا يجوز بيعه وهبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية) كما فى الكتابة

لا باعتبار التدبير وكان الشيخ أبو بكر الرازى يقول الصحيح أنه لا يعتق هنا الا باعتاق من الورثة أو الوصى بمثل ما تقدم فى الباب المتقدم من أنه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعده الا باعتاق منهم و يكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال أعتقوه بعد موتى ان شاء وهو نظير ما لو قال أنت حر بعد موتى بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة فى نوادره وكذا بيوم وفى الاسبيجابى اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصى فللوارث أن يعتقه تنجيزا أو تعليقا والوصى لا يملكه الا تنجيزا ولو أعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة والذى ينبغى أن يفصل فى التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله أو بمضى زمان طويل أو على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه أو يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضى لينجز عتقه ثم فى ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد فى مجلس موته أو علمه بموته كما يتقيد بهذا مشيئته فى حياته بمجلس التفويض اليه اذا كان بهذا اللفظ وعن أبى يوسف لا يتوقف به لأنه فى معنى الوصية ولا يشترط فى الوصية القبول فى المجلس وفى الاصل لو قال بعد موتى بيوم لم يكن مدبرا وله أن يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضى يوم بعده فان مات لم يعتق فى الوقت الذى سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر أبو بكر الرازى ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا أخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث فى ذلك الزمان عرفنا أن مراده الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه وأما فى مسئلة المشيئة فانها تتصل مشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتاق الوارث وهذا ان تم أشكل على ما تقدم فى مسئلة أنت حر بعد موتى بالف فان زمن القبول كزمن المشيئة فانه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته لا يقال ينبغى أن يجعل العبد فى هذه المسئلة و تلك باقيا على حكم ملك الميت لحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الاول أسهل من رفعه ثم ادخاله فى ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب أن يبقى لحاجته ثم لا شك أن هذه المسئلة أقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم فى أنت حر بعد موتى بيوم عدم توقفه بل أولى لان مجىء اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهى من مواضع النص على أنه لا يعتق الا باعتاقهم (قوله ثم لا يجوز بيعه) أى المدبر المطلق وهو الذى علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل أو بكتابة أو عتق على مال وما سواه من التصرفات التى لا تبطل حقه فى الحرية يجوز فيجوز استخدامه واجارته وأخذ أجرته وتزويج المدبرة ووطؤها وأخذ مهرها وأرش جنايتها وعلله المصنف فيما يأتى بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وانما لم يكن له أن يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى فى جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه ما منع الا رقبة واحدة وأما ما استهلكه فدين فى رقبته يسعى فيه وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفى الجناية على المدبر ما فى الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت أجيب بان الوصية بالنسبة الى المعدوم تعتبر يوم الموت و بالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو أوصى لولد فلان وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم باعينهم فبطل بموت أحدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد ثم مات أحدهم ثم مات الموصى كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل فى الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب

اذا قال أوصيتك برقبتك أو عتقك أو بنفسك وكذا اذا قال أنت حر يوم موتى لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد

وقال

أنه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما فى الكتابة فاذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه وسعى فى ثلثيه

وقال الشافعى يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما فى سائر التعليقات وكما فى المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهى غير مانعة من ذلك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث

فتناول من يكون موجودا عند الموت (قوله وقال الشافعى يجوز بيعه وهبته) للمنقول والمعنى أما المنقول فما فى الصحيحين من حديث جابر أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبى صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم أرسل بثمنه اليه وفى لفظ أعتق رجل من الانصار غلاما له عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فاعطاه فقال اقض دينك وأنفق على عيالك والحديث جابر هذا ألفاظ كثيرة وروى أبو حنيفة بسنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفى موطا مالك بسنده الى عائشة أنها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو أخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخبرونى عن امرأة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سألتها ماذا أردت قالت أردت أن تموتى حتى أعتق قالت فان لله على أن تباعى من أشد العرب ملكة فباعتها وأمرت بثمنها فجعل فى مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك أن الحر كان يباع فى ابتداء الاسلام على ما روى أنه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق فى دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره فى الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحاب ما كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير زوال الرق عنه ثم رأينا أنه صح عن ابن عمر رضى الله عنهما لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطنى رفعه وصحح وقفه وأخرج الدارقطنى أيضا عن على بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال المدبر من الثلث وضعف ابن ظبيان والحاصل أن وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابى حينئذ لا يعارضه النص البتة لانه واقعة حال لا عموم لها وانما يعارضه لو قال صلى الله عليه وسلم يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر وعلى عدم تقليده يجب أن يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا أن بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما فى أم الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر رضى الله عنه لا يصلح لمعارضة حديث جابر وأيضا ثبت عن أبى جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوسا يقولان عن جابر فى الذى أعتقه مولاه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فامره أن يبيعه فيقضى دينه الحديث فقال أبو جعفر شهدت الحديث عن جابر انما أذن فى بيع خدمته رواه الدارقطنى عن عبد الغفار ابن القاسم الكوفى عن أبى جعفر وقال أبو جعفر هذا وان كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك بن أبى سليمان العرزمى وهو ثقة عن أبى جعفر انتهى فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه وان كان متشيعا فقد صرح أبو جعفر وهو محمد الباقر الامام بن على زين العابدين بانه شهد حديث جابر وأنه انما أذن فى بيع منافعه ولا يمكن لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوى الحديث وقال ابن العز قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد أو أن المراد أنه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل لانه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى فى تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص آخر يمنع من العمل باطلاقه وأنت اذا علمت أن الحر كان يباع للدين ثم نسخ وان قوله فى الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوى فعلا جزئيا لا عموم لها وان قوله أعتق عن دبر أو دبرا أعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذى دبر مقيدا أنه أعتق عن دبر منه وأن ما عن ابن عمر موقوف صحيح وحديث أبى جعفر مرسل تابعى ثقة وقد أقمنا الدلالات على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد أنه قول جمهور السلف علمت قطعا أن المرسل حجة موجبة

جل على مطلق الوقت ولو نوى به النهار دون الليل لا يكون مدبرا مطلقا لجواز أن يموت ليلا (قوله من ذلك)

(وقال الشافعى يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما فى سائر التعليقات) من دخول الدار ومجىء رأس الشهر وغيرهما (وكما فى المدبر المقيد) فان ذلك جائز فيه بلا خلاف (ولان التدبير وصية) حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصى من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى برقبته لانسان (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث) رواه نافع عن ابن عمر (ولانه) أى التدبير (سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت) فلا بد له من سبب (ولا سبب غيره) ثم اما أن يكون سببا فى الحال أو بعد الموت لا جائز أن يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تأخير السببية اليه ولانه فى الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضا لا يبقى فتعين أن يكون سببا فى الحال

قال المصنف (وكما فى المدبر المقيد) أقول سيجىء جوابه بعد اثنى عشر سطرا تخمينا (قوله ثم اما أن يكون الخ) أقول غير ترتيب المصنف فقدم المؤخر وأخر المقدم

واعترض على المصنف بان هذا الكلام مناقض لماذكر فى آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفى المدبر ينعقد السبب بعد الموت وأقول قوله (ثم جعله سببا فى الحال أولى) يدل على أن جعله سببا فى الحال وان كان المذهب عند أصحابنا ليس بمتعين فيحتمل ماذكره هنالك على غير الاولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سببا بعد الموت أو اختار جوازه باجتهاده وجعل ماذهب اليه الاصحاب أولى فان قيل فى التدبير تعليق وليس فى التعليق شئ من السبب ثابتا فى الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعى كما فى سائر التعليقات أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط واعلم أن فى كلام المصنف غموضا لا ينكشف على وجه التحصيل الا بزيادة بيان فلابد منها فنقول المانع هو ما ينتفى به الشئ مع قيام مقتضيه وكل ما ينافى اللازم ينافى الملزوم واذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضى أن تكون سائر التعليقات أسبابا فى الحال لكن المانع من السببية فى الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قائم لان اليمين مانع من تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذى هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذى هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه أشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن أن يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق يمينا تمنع من كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين يعقد للحمل كما فى قول الرجل ان لم تدخلى الدار فانت طالق وقد نص فى الكتب أن اليمين تعقد للمنع أو الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه يقتضى الحصر عند البلغاء قلت لا يقصد باليمين الا منع الشرط والشرط فيماذكرتم هو النفى والمقصود هو المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين أو ليس بيمين فان كان (٣٢٠) يمينا وجب أن لا يكون سببا لقيام المانع على ماقررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم

| وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا فى الحال أولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وأمكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده

بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر ان لم يصح رفعه يعضده ولا يعارضه المروى عن عائشة رضى الله عنها لجواز كون تدبيرها كان مقيدا ولانه أيضا واقعة حال لا عموم لها فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضى الله عنهما محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع بماذكرنا فظهر لك تحامله أو غلطه وأما المعنى الذى أبطل به الشافعى منع بيعه فماذكر فى الكتاب من قوله لانه تعليق العتق بالشرط و به لا يمتنع البيع كما فى سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية و بيع الموصى به جائز فظهر أنه على اعتبار شبهى التعليق والوصية لا يمتنع بيعه وقد قدم المصنف من قريب

اى من البيع والهبة (قوله وهو حر من الثلث) من تتمة الحديث (قوله ثم جعله سببا فى الحال أولى لوجوده فى الحال وعدمه بعد الموت) ولا يقال انه موجود حكما حينئذ وان كان معدوما حقيقة لان الشئ انما يعتبر

قوله بخلاف سائر التعليقات اذ السائر بمعنى الباقى قلت ليس بيمين لتعلق عتقه بامر كائن واستقامة اطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة ان لم يكن اليمين أخص من التعليق و يرد عليه أنت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بامر كائن وليس بسبب فى الحال والجواب أنه اضافة لا تعليق وقوله (وأمكن تأخير السببية الى زمان الشرط)

لقيام الاهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه تأخير السببية الى ما بعد الموت لماذكرنا من انتفاء أهلية الايجاب حينئذ وأما سائر التعليقات فتأخير السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا فافترق واعترض بان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب أن قيام أهليته ليس بشرط عند وجود الشرط اذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الاهلية كماذكرتم فى صورة المجنون وأما اذا كان فلا نسلم أن الاهلية اذ ذاك غير شرط

(قوله وأقول قوله ثم جعله الخ) أقول أنت خبير بان المعتبر ماساق اليه الدليل لا دلالة اللفظ والدليل يدل على التعيين فيجب حمل الاولوية على الوجوب ألا ترى الى قوله فلا يمكن تأخير سببية الى زمان بطلان الاهلية ولعله انما قال أولى ولم يقل يجب لئلا ينتقض الدليل الاول بسائر التعليقات فليتامل فيكون هذا الكلام من المصنف متضمنا للاعتراف بعدم تمام ماقرره فى الفرق بين أم الولد والمدبر وفيه ما لا يخفى (قوله اذ السائر بمعنى الباقى) أقول بل لك أن تقول فى باب عتق البعض السائر هنا بمعنى الجميع صرح بعينه بهذا المعنى الجوهرى (قوله والجواب أنه اضافة لا تعليق) أقول وكذا أنت حر مع موتى أو فى موتى أو اذا مت وجوابه أنه لما كان اضافة الى الموت كان فى حكم المعلق به فاخذ حكمه فان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية بقى الكلام فى أنه لم لا يكون هذا الكلام سببا حال وجوده ومع أنه أولى على مادل عليه الدليل الاول (قوله فرق آخر بين التدبير الخ) أقول صرح فى كتب الاصول فى مواضع من جملتها فصل مفهوم المخالفة من التلويح بان الاضافات أسباب فى الحال فينتقض الدليل بها

وقوله (ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال) فرق آخر بينه مما تقرره التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة فى الحال لان الموصى يجعل الموصى له خلفا فى بعض ماله بعد موته كالوراثة فانها سبب خلافة فى الحال واعترض بانه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان الجرح قبلها أو بعدها ولجاز البيع لان الموصى يجوز له بيع (٣٢١) الموصى به و يكون رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا أن ذلك فى وصية لم تكن على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح فى موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك وقوله (وابطال السبب لا يجوز) تتمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفى البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والامهار ذلك أى ابطال سبب الحرية فلا يجوز قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره) التدبير لا يثبت الحرية فى الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا لو قال كل مملوك لى فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وان كانت أمة وطئها وله أن يزوجها لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت

| فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفى البيع وما يضاهيه ذلك قال (وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره وان كانت أمة وطئها وله أن يزوجها) لان الملك فيه ثابت له و به تستفاد ولاية هذه التصرفات

قوله وعلى هذا أى اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ماذكر المصنف بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب ولا سبب غيره أى غير قوله أنت حر المعلق فى اذا مت أو المضاف فى بعد موتى فاما أن يجعل سببا فى الحال أو بعد الموت وجعله سببا فى الحال أولى لانه حال وجوده بخلاف ما بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمى فاضافة السببية اليه حال وجوده أولى فهذا وجه أولوية السببية فى الحال ووجه آخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعنى لابد لثبوت الملك وزواله من ثبوت الاهلية لهما والموت يبطلها بخلاف الجنون لان المجنون أهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه أو وهب له وقبل وليه وزواله كما لو أتلف شيأ فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد أبواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلذا لم تشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط ليزول الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون أهل لذلك بخلاف الموت فانه سالب لاهلية الامرين فامتنع أن يجعل قوله المذكور حال حياته سببا بعد موته فلزمت سببيته فى الحال والا انتفت لكنها لم تنتف شرعا ولان سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا فى الحال لانها أيمان واليمين فى مثله تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد للبر وأنه يضاد وقوعهما و وقوعهما هو المقصود فى التعليق الذى هو التدبير فلزم من كلامه أن التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لماذكرنا وأمكن فى التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته فى الحال واذا انعقدت سببية العتق فى الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك أنه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا جاء غد فانت حر فانه لما علق بامر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية فى الحال فينعقد فيه فيلزم أن لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائنا لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فانما يستقيم اذا كان التعليق بمجئ الغد بعد وجود أشراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما أما قبل ذلك فليس بصحيح والجواب بان الكلام فى الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على أن كون التعليق بمثل مجئ الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح وأجيب أيضا بما هو حاصل الوجه الثانى وهو أن التعليق الذى هو التدبير وصية والوصية خلافة فى الحال كالوراثة و يرد عليه أنه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارته

وجود احكما اذا أمكن وجوده حقيقة ولا امكان لوجوده منه بعد موته لاستحالة وجود الفعل من الميت ولا يمكن تقديره حيا بعد الموت لان هذا الحكم لا يثبت الا اذا حكم الشرع بموته ومتى حكم الشرع بموته استحال أن يحكم بحياته لافضائه الى التناقض فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية ولا يلزم اذا جن بعد التعليق دخول الدار و وجد الدخول فانه يعتق العبد وان لم يكن هو أهلا لان الجنون لا ينافى أهلية العتق من كل وجه ولهذا يعتق عليه قريبه بالارث ولان المحل باق على ملكه ثم ولا كذلك ههنا (قوله ولانه وصية والوصية خلافة فى الحال) أى الايصاء سبب خلافة كالوراثة أى كسبب الوراثة لانه اثبات الخلافة فى ملكه للموصى له مقدما على الوارث فاعتبر للحال سببا لاثبات الخلافة كالقرابة الا أن الوصية بالمال تبرع بالمال

(قوله والجواب عنهما جميعا أى ذلك فى وصية لم تكن على وجه التعليق الخ) أقول أنت خبير بان عامة الوصايا على سبيل التعليق مع أنه يجوز الرجوع عنها وتبطل بالقتل (قوله والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك) أقول فيما لا يخفى من عدم ظهور وجه امتناع البيع فان التدبير ليس اعتاقا فى الحال وكونه اعتاقا فى المآل مسلم لكن هل يمتنع به البيع أو لا هو محل النزاع

(فاذامات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لمار وينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت فى الحال فينفذ من الثلث حتى لولم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) وعلى

(فاذامات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لمار وينا) يعنى من حديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو قوله عليه الصلاة والسلام وهو حر من الثلث (ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى مابعد الموت) ولا نعنى بالوصية الاذلك والحكم يعنى العتق غير ثابت فى الحال لانه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفا وكل وصية تنفذ من الثلث حتى لولم يكن له مال غيره يسعى فى ثلثى رقبته وان كان على المولى دين يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته وقوله (وولد المدبرة مدبر) هذه هى النسخة الصحيحة ووقع فى بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر اماان يكون من أمة أو غيرها فالاول رقيق لمولاها والثانى يتبع الام فى التدبير والكتابة وغيرهما دون الاب وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة رضى الله عنهم وخوصم الى عثمان رضى الله عنه فى أولاد مدبرة فقضى بان ماولدته قبل التدبير عبد يباع وماولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان ذلك بحضرة الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف

الابعناية وهو أن المراد بقوله والوصية خلافة أى الوصية المذكورة وهى الوصية له برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذامت فانت حر وأنت حر بعد موتى وبين قوله أعتقوه بعد موتى فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية فى الحال بخلاف أعتقوه وأورد عليه أن هذا فرق بعين محل النزاع لان حاصله أن الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعى لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كأعتقوا هذا العبد لا تكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الاخرى سواء ولا مخلص الا أن تبدى خصوصية فى تلك العبارة تقتضى ذلك وليس هنا الا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحا بالموت أو أضيف وكون ذلك فى الشرع يقتضى ماذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق أن الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك (قوله فاذامات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لمار وينا أول الباب ولان التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لولم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى فى ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين فى هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى فى كل قيمته لان الدين مقدم على الوراثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته (قوله وولد المدبرة مدبر) فيعتق بموت سيد أمه والمراد ولد المدبرة المطلق أما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفى بعضها ولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان الولد يتبع أمه لا أباه فان زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا أو أمة فولدها عبد سواء كان أبوه حرا أو عبدا مدبرا أو لا ثم المراد الولد الذى كانت حاملا به وقت التدبير أو الولد الذى حملت به بعد التدبير أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها أما الذى كان حملا فبالاجماع كما لو أعتقها وهى حامل وأما الذى حملت به بعده ففى قول أكثر أهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهرى والبصرى وشريح ومسروق والثورى ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك وأحمد وللشافعى فيه قولان قال المصنف وعلى هذا اجماع الصحابة يعنى الاجماع السكوتى فانه روى عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود رضى الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف ولا يخفى أن سريان التدبير الى الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل فيه اشكال مما ذكر من طرف الشافعى ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لانها تدعى حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق واعلم أنه اذا حلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره فى المبسوط فى باب الشهادة فى التدبير واعلم أنه اذا دبر الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة أشهر كان مدبرا والالا ولو كانت بين اثنين فدبر أحدهما حملها وولدته لاقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية ولو دبر أحدهما مافى بطنها بان قال مافى بطنك حر بعد موتى وقال الآخر أنت حرة بعد موتى فولدت لاقل من ستة أشهر

والوصية بالعتق تبرع بالعتق والتبرع بالمال لا يقع لازما فسبيله أيضا لا يكون لازما فلم يمتنع ابطاله بالبيع ونحوه وأما العتق فلا يثبت الالازما فالسبب الذى يوجبه لا ينعقد الالازما فيمنع جواز البيع لان سبب العتق اذا وجد يلزم ولا يجوز ابطاله لان سبب العتق يثبت حق العتق والحق ملحق بالحقيقة فكما لا يجوز ابطالها لا يجوز ابطاله لانه حقه كالاستيلاد فى البيع ومايضاهيه من الهبة والامهار ابطال السبب (قوله وولد المدبرة مدبر) وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم وروى انه خوصم الى عثمان رضى الله تعالى عنه

ذلك

ذلك نقل اجماع الصحابة رضى الله عنهم (وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لان السبب لم ينعقد فى الحال للتردد فى تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة (فان مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث

وقوله (فان علق التدبير بموته) بيان للمدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول ان مت من مرضى أو سفرى أو مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد فى الحال للتردد فى تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة وتحققه يستفاد مما قدمناه وهو أن المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين وقد عرفت أن صفة كونه يمينا يمنع عن السببية وأما اذا كان أمرا كائنا لامحالة لم يكن فى معنى اليمين فكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب فى الحال ففى أى وقت ينعقد اذا انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب أنه موقوف فان مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم التدبير فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ وان عاش بطل التدبير

بعد كلام الاول فالولد المدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير أمه وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من الاول ولاقل منها من تدبير الام فالولد كله مدبر للذى دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام باعتبار أنه كالجزء وفى هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذى دبر الام وأما الام فنصفها مدبر للذى دبرها وللآخر الخيار بين أن يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا وبين أن يستسعيها فتعتق الام بضمان والولد المدبر بلاضمان لان الضمان انما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده فى الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك ألا يرى أنها لو زادت قيمتها فى مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا فى الزيادة المنفصلة ولانها صارت فى حكم المستسعات حين ثبت لها حق أن يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون أحق بولدها واذا دبر مافى بطن أمته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها وذكر فى كتاب الهبة من الاصل اذا أعتق مافى بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف مالو باعها وقيل فى المسئلة روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر مافى البطن لو وهب الام لا يجوز عتقه ولو أعتقه جاز هبتها لان بالتدبير لا يزول ملكه عما فى البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون فى معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وأما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر مافى بطنها فولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر بيوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توأمان وتيقنا بوجود أحدهما حال التدبير فى البطن ولو دبر مافى بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعد هذا لاقل من ستة أشهر كان التدبير فى الولد صحيحا لكنه يدخل فى الكتابة أيضا تبعا للام فاذا أدت عتقا جميعا وان مات المولى قبل أن تؤدى عتق الولد بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولد أن يسعى فيما على الام لانه دخل فى الكتابة فان مات المولى فالولد بالخيار فى اختياره الحرية بالتدبير أو باداء الكتابة فيختار الانفع له فان كان خرج من الثلث عتق ولا شئ عليه لان مقصوده حصل ولو قال لامته ولدك الذى فى بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقا لم تعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق فكأنه قال أنت مثل الحرة أو المدبرة (قوله وان علق التدبير بموته على صفة) مثل أن يقول ان مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو مرض كذا أو قتلت أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لان السببية لم تنعقد فى الحال للتردد فى تلك الصفة هل تقع أولا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لامحالة ثم ان مات المولى على الصفة التى ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعنى من الثلث لانه ثبت حكم التدبير له فى آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فاذ ذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فاما ماقبل آخر جزء من حياته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وان برئ من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذى علق به قد انعدم واستشكل بما اذا قال أنت حر قبل موتى بشهر ومضى شهر فانه بعد مضى الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه أجيب بانه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سمى فيعتبر اعتباره بالعتق المضاف الى غد وانه لا يثبت حقا للعبد للحال فكذا هنا ولو قال اذامت أو قتلت فانت حر على قول زفر هو مدبر لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على أى وجه كان وعلى قول أبى يوسف ليس مدبرا لانه علقه باحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وان كان موتا فالموت

فى أولاد المدبرة فقال ماولدته قبل التدبير فهو عبد وماولدته بعد التدبير فهو مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة

ومن المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

ليس يحتمل وتعليقه باحد الامرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر أحسن لان التعليق في المعنى بمطلق موته لانه لا تردد في كون الكائن أحد الامرين من الموت قتلا أو غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيفما كان وروى الحسن عن أبي حنيفة اذا قال اذا مت وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشئ آخر بعده ثم اذا مات ففي القياس لا يعتق وان غسل ما لم يعتقوه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فانت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط (قوله ومن المقيد) أي ومن التدبير المقيد (أن يقول ان مت الى سنة أو الى عشر سنين) فانت حر فان مات قبل السنة أو العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة أو العشر لم يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات في رأس السنة يعتق لان الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لانه تنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فتكون للاسقاط ومنه أنت حر قبل موتي بشهر أو بيوم فانه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول أبي حنيفة يستند العتق الى أول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعده في الشهر قبل موته (قوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها في الغالب لانه كالكائن لا محالة) فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال قاضيخان على قول أصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تأبيد معنى وهو كالخلاف في النكاح المؤقت لو سميا مدة لا يعيشان اليها غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تأبيد معنى والمذهب انه توقيت فلا يصح والمصنف كالمناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير * فروع كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلث ماله عتق بالتدبير وسقط عنه بدل الكتابة للاستغناء عن أداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانه يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شئ من بدل الكتابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يسقط ثلث بدل الكتابة أيضا اعتبارا للجزء بالكل وقياسا على ما لو كاتبه أولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة لانه لو أدى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاد ولو كاتب أم ولده صح ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه ولهما طريقان أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته وعرف أن التدبير يوجب استحقاق شئ له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلاثا بالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة ألا يرى أنه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز أن لا يموت المولى قبله واذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشئ من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شئ عنه بخلاف ما لو كاتبه أولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا لشئ من رقبته عند

رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه أحد فيصير اجماعا (قوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله لان السبب لم ينعقد (قوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب) لانه كالكائن لا محالة وقال أبو يوسف هو

(ومن المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا) يعني قوله لتردد في تلك الصفات (بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة) وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله لو ان رجلا قال لعبده أنت حر ان مت الى مائتي سنة قال أبو يوسف هذا مدبر مقيد وله أن يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم أنه لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه قال ان مت فانت حر ثم لو مات قبل السنة في الاول أو قبل عشر سنين في الثاني عتق ولو مات بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد والله أعلم

(قول الكمال لانه تنجيز عتقه) لانه أي الكلام بدون الغاية يفيد تنجيز عتقه بعد الموت مطلقا كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي

(باب الاستيلاد) لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد فام الولد من الاسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة (اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولده لا يجوز بيعها) ولا هبتها (ولا تمليكها لقوله صلى الله عليه وسلم) لما ولدت مارية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له ألا تعتقها (أعتقها ولدها أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع) لان الحديث وان دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث الاول والتنجيز بالحديث الثاني ولا يقال محاملة البيع معلومة فيها بيقين فلا ترتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعتها

(باب الاستيلاد)

(اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولده لا يجوز بيعها ولا تمليكها)

الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر أن التدبير وصية برقبته له وهي عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو أوصى بعبد لانسان ثم باعه أو قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصي وفي اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف ما لو كاتبه اولا ثم دبره لان حقه عند التدبير أحد الشيئين اما بدل الكتابة ان أدى أو مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول أبي حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزأ وقد تلقاه جهتا حرية فيختار أيهما شاء وعند أبي يوسف يسعى في الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزأ عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا أقل المالين وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لان ثلثها سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر أبو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند أبي حنيفة يتخير بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة وعندهما يسعى في أقلهما عينا ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فادى أحدهما المال كله لم يرجع على أخيه بشئ لانه ما أدى عنه شيئا انما أدى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت أحق به فكان أداء من أدى أحدهما أو كليهما أداء من مال الام ومثله لو كاتب عبدين مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك أحدهما ولدا ولد له في كتابته من أمته فعليه أن يسعى في جميع الكتابة لانه قائم مقام أبيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة

(باب الاستيلاد)

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير أنسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه والاستيلاد مصدر استولد أي طلب الولد وهو عام أريد به خصوص وهو طلب ولد أمته أي استلحاقه أي باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة في الام وأصله استولاد ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفي عرف الفقهاء أخص من ذلك وهي الامة التي ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها (قوله واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولده) يعني اذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما ثبوته ففي العبارة قصور وذلك لانه لا يريد

تدبير مقيد فان قيل اذا قال اذا جاء غد فانت حر لا يكون سببا في الحال ولا يمتنع بيعه مع ان مجيء الغد كائن لا محالة كالموت قلنا لا نسلم انه كائن لا محالة فانه من الجائز أن تقوم القيامة قبل مجيء الغد أو يقول ان الكلام في الاعم الاغلب فان الاعم في سائر التعليقات أن لا يكون كائنا لا محالة لتحقيق معنى الشرطية فلا يرد الافراد مثل الغد علينا نقضا أو نقول في التدبير معنى الخلافة وليس في التعليق بالغد ذلك والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الاستيلاد)

(قوله اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت أم ولده لا يجوز بيعها ولا تمليكها) وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه قال جمهور الفقهاء وقال بشر المريسي وداود الاصفهاني ومن تابعه من أصحاب الظواهر يجوز بيعها ولا يعتق بموت المولى وهو قول علي رضي الله عنه وحكي عن أبي سعيد البردعي أستاذ الكرخي رحمه الله

(باب الاستيلاد)
(قوله الاستيلاد طلب الولد) أقول يعني طلب الولد مطلقا وخص بطلب ولد أمته (قوله فام الولد من الاسماء الغالبة كالصغير في الصفات الغالبة) أقول والا فام الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب ثم قوله كالصغيرة يعني كاستعمال الصغيرة في الذنوب (قوله وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعتها) أقول الضمير في قوله فرفعتها راجع الى قوله محاملة في قوله لا يقال محاملة البيع الخ

أنها اذا ولدت منه صارت أم ولد بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي ولذا رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها بل اذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء الا من لا يعتد به كبشر المريسي وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه أبو داود وقال الحاكم على شرط مسلم وأخرج النسائي عن زيد العمي الى أبي سعيد الخدري كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم وأعله العقيلي بزيد العمي وقال النسائي زيد العمي ليس بالقوي ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم للجمهور بما في حديث أبي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس عيلان وذكر البيهقي أنه أحسن شيء روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو أخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين في دينه فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو أخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لي امرأته الآن والله تباعين في دينه فقال عليه الصلاة والسلام من ولي الحباب قيل أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال أعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علي فأتوني أعوضكم قالت فأعتقوني وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم مني غلاما ولا يخفى أن هذا لا يدل على أنها تعتق بمجرد موته بل على أنه سألهم أن يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام بل يفيد أنها لا تعتق والا لبين الحكم الشرعي في ذلك من أنها اعتقت ولم يأمرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به لهم نعم يحتمل أن يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي وأن العوض من باب الفضل منه عليه أفضل الصلاة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه ويعينه فمن ذلك ما ذكر المصنف عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال يعني في مارية القبطية رضي الله عنها أعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أعتقها ولدها وطريقه معلول بأبي بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله بن عباس وبسند ابن ماجه رواه ابن عدي في الكامل لكن أعله بابن أبي سبرة فقط فانه يرى أن حسينا ممن يكتب حديثه وأخرج ابن ماجه أيضا عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وهذا توثيق لحسين بن عبد الله ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا اسمعيل بن أبي أويس حدثنا أبي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم قال أيما أمة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات الا أن يعتقها قبل موته ورواه أحمد عن ابن عباس عنه صلى الله عليه وسلم أيما رجل ولدت منه أمته فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه مع أن ابن القطان قال في

انه خرج حاجا من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلاة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داود فسأله حنفي عن بيع أم الولد فقال يجوز بيعها لان بيعها يجوز اجماعا قبل العلوق فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ما ثبت باليقين لا يرتفع الا بيقين مثله فقصر الحنفي لانه لا يقبل القياس وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال أبو سعيد أجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق لان في بطنها ولدا حرا فنحن على هذا

كتابه وقد روي باسناد جيد قال قاسم بن أصبغ في كتابه حدثنا محمد بن وضاح حدثنا مصعب بن (١) سعد أبو خيثمة المصيصي حدثنا عبد الله بن عمرو وهو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية القبطية ابراهيم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ومن طريق ابن أصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد ومما يدل على صحة حديث أعتقها ولدها ما قال الخطابي ثبت أنه صلى الله عليه وسلم قال انا معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة فلو كانت مارية مالا بيعت وصار ثمنها صدقة وعنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن التفريق بين الاولاد والامهات وفي بيعهن تفريق واذا ثبت قوله أعتقها الخ وهو متأخر الى الموت اجماعا وجب تأويله على مجاز الاول فيثبت في الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الاولاد فقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة ثم أخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار وأعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المديني وأسند تضعيفه عن النسائي وغيره ولينه هو وقال يكتب حديثه ثم أخرجه عن أحمد بن عبد الله العنبري حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفا عليه وأخرجه أيضا عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم (٢) القسملي وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذي رفعه وقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمان عن عمر لم يتجاوزوه وكلهم ثقات وهذا كله عند الدارقطني وعندي أن الذي أسنده خير ممن وقفه وأخرج مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة وهكذا رواه سفيان الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا وأخرج الدارقطني من حديث عبد الرحمن الافريقي عن سعيد بن المسيب أن عمر أعتق أمهات الاولاد وقال أعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقي وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا ولا شك في ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وعدم مخالفة أحد لعمر حين أفتى به وأمر فانعقد اجماع الصحابة على عدم بيعهن فهذا يوجب أحد الامرين اما أن ما كان من بيع أمهات الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوي كنا نفعل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه الرفع لكن ظاهر الا قطعا فاذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما أنه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لابي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة وأهل الردة ومانعي الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نخابر أربعين سنة ولا نرى بذلك بأسا حتى أخبرنا رافع بن خديج أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها وأيا ما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن هذا اذا قصرنا النظر على الموقوف فاما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك ومما يدل على ثبوت ذلك الاجماع ما أسنده عبد الرزاق أنبأنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا يقول اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الاولاد أن لا يبعن ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن فقلت له فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحب الي من رأيك وحدك في الفرقة فضحك علي واعلم ان رجوع علي رضي الله عنه يقتضي أنه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع أم الولد فقال يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان أبو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها ما حبلت

الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر فتحير داود فانقطع فلما رآى وهنه وهن أصحابه في الفقه ترك الحج ورجع الى مكة وجلس للتدريس فاجتمع أصحاب داود عند أبي سعيد وكان على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول فاما الزبد

(١) سعد هكذا في بعض النسخ وفي بعضها أسعد بالف وليحرر اه مصححه

(٢) القسملي هكذا في بعض النسخ ومثله في خلاصة أسماء الرجال مضبوطا بفتح القاف والميم بينهما مهملة ساكنة وما وقع في بعض النسخ من السلمي تحريف فليحرر كتبه مصححه

(ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف فى

لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف فى حرمة المصاهرة الا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت فى حقهم لا فى حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذى ملكته بموتها وبثبوت عتق

بولد سيدها والاصل فى كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له أن يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر فى بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى أن يثبت المزيل (قوله ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين) اللذين خلق منهما قد اختلطا وهو جزؤهما بحيث لا تمييز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية أوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد وبالانفصال تقرر ذلك حتى قيل أم ولده فقد بقى أثرها شرعا واليه أشار عمر فيما رواه محمد بن قارب قال اشترى ابى أمة من رجل قد أسقطت منه فامر عمر بردها وقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن الا أن السبب ضعف بالانفصال (فاوجب حكما مؤجلا الى الموت) ولما ورد على هذا التقرير ان مقتضاه أن المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له انه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها أجاب المصنف بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواء والنسب الى الرجال أى الى الآباء لا الى الامهات (فكذا الحرية) التى تبتنى على النسب بالحاء المهملة لا بالجيم تثبت للتساء فى حق الرجال لان النسب اليهم فتفرع عليه أن الحر لو تزوج أمة فولدت له ثم اشتراها صارت أم ولده تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فلو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الامومة بدونه فلو ولدت أمة لرجل بزنا ثم ملكها لا تكون أم ولده فلا تعتق بموته وأورد عليه ما ذكره فى دعوى الاصل أمة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومة بلا ثبوت نسب أجيب بانه قد ثبت النسب فى الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم تثبت دون نسب والحق أن ثبوت الامومة فى نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب وأما ثبوته ظاهرا فى القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والاقرار به وان لم يثبت لما سيجىء فيما اذا ادعى ولد أم ولده المزوجة (قوله وبثبوت عتق الخ) يعنى قد ثبت بما ذكرنا أنه يثبت لها

فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث فى الارض فما لبث أن قرع انسان بابه وأخبر بموت داود فاستقر أمره بعد ذلك (قوله أعتقها ولدها) قاله عليه السلام لمارية القبطية لما ولدت ابراهيم وحديث ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهى معتقة عن دبر منه صار بيانا لان المراد بقوله أعتقها أى أثبت فيها حق الحرية (قوله ولان الجزئية قد حصلت الى آخره) وهذا لان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما واليه أشار عمر رضى الله عنه فى قوله وقد اختلط لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن ولم يرد به نفس الاختلاط بدليل ان الاستيلاد لو كان بالزنا لا تصير أم ولده متى ملكها وانما أراد به ما ثبت بسبب الاختلاط وهو حرية الولد لكن بشرط أن يكون الولد منسوبا اليهما بدليل ان المولى لو أعتق ما فى بطن جاريته لم يثبت لها حق العتق فلو كان ثبوت حق العتق لها باعتبار الاتصال بالولد الحر ليثبت هنا وحيث لم يثبت دل على انه غير مبنى على هذا بل هو بناء على جزئية حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد بل حصل الاتحاد بينهما لان اضافة الولد الى كل واحد منهما على سبيل الكمال دليل اتحادهما والجزئية واتحاد كل واحد منهما يوجب الجزئية الا أن هذا الاتحاد حكمى غير حقيقى فيوجب حق الحرية لا حقيقتها وبعد الانفصال أيضا تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت (قوله وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال) أى بقاء الجزئية حكما انما يكون بحكم جزئية مؤكدة

حرمة المصاهرة) وهى تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان الجزئية توجبه ولستم بقائلين به أجاب بقوله (الا أن بعد الانفصال) يعنى ان الولد انما يعلم بعد الانفصال وبعد الانفصال (تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت) فتعاضد المنقول بالمعقول فى اثبات الحكم المؤجل الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها فى الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته امرأته التى ولدت منه بعد موتها وليس كذلك أجاب بقوله (وبقاء الجزئية حكما) ومعناه أن بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل فى ثبات النسب هو الاب لان الولد ينسب اليه والام أيضا بواسطة الولد يقال أم ولد فلان (فكذلك الحرية تثبت فى حقهم لا فى حقهن)

(قوله ولان الجزئية) أقول عطف على قوله لقوله صلى الله عليه وسلم (قوله أجاب بقوله الا أن بعد الانفصال يعنى ان الولد انما يعلم بعد الانفصال) أقول اذا اعترف المولى بالحمل منه قبل الانفصال لم يؤاخذ باقراره وعندى معنى كلام للمصنف غير ما ذكره الشارح مؤجل

وقوله (وكذا اذا كان بعضها مملوكا له) يعنى لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها احدهما كانت أم ولده لان الاستيلاد لا يتجزأ لانه فرع ما لا يتجزأ وهو النسب فيعتبر باصله فان قيل فقد ذكر فى باب العبد يعتق بعضه والاستيلاد متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الخ فما وجه التوفيق بين كلاميه أجيب بان معنى قوله لا يتجزأ يتملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه

مؤجل يثبت حق الحرية فى الحال فيمنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية فى الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزأ فانه فرع النسب فيعتبر باصله قال (وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها) لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة

عتق مؤجل ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا أن يثبت لها فى الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية ولقائل أن يقول ثبوت العتق المؤجل الى أجل معلوم ثابت فى قوله اذا جاء رأس الشهر فانت حر ومع ذلك لم يمتنع البيع فله أن يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها فى الحال بل عند حلول الاجل فالحق أن استحقاقها فى الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بانهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التى أشار اليها عمر رضى الله عنه (قوله وكذا اذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا للغير) بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى أحدهما ولدها ثبت نسبه وتصير أم ولده فهذان حكمان وقع التشبيه فى أحدهما وهو أمومة الولد لانه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله (لان الاستيلاد لا يتجزأ) أى فيما يمكن نقل الملك فيه وهى القنة فتصير كلها أم ولده ويضمن قيمة نصيب شريكه له بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزأ ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدم فى باب العبد يعتق بعضه انه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل أن الاستيلاد لا يتجزأ أى لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا للغير المستولد الا ضرورة لانه مبنى على ثبوت النسب وهو لا يتجزأ وأما احتمال أن يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المصنف انه يتجزأ فى باب العبد يعتق بعضه لم يجعل أثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة وأما تعليل ثبوت النسب فانما هو بوجود الدعوة فى المملوكة والاتفاق على أن ملك البعض يكفى لصحة الاستيلاد (قوله وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها) وهو مطلق لهذه الامور (فاشبهت المدبرة) ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف فى الاجارة وتملك كسبها وله اعتاقها وكتابتها وأورد ينبغى أن لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما فى المعتدة غير أن المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغى أن لا يصح قبله وأجيب بان جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطء ووقع الشك فى خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله ولقائل أن يقول اذا سلم أن احتمال الشغل مانع ولا شك فى ثبوته بعد الوطء لزم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب أن لا تزوج الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده أفضل * واعلم أن المسئلة ذكرها المصنف فى فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان زوج أم ولده وهى حامل منه

بثبات النسب والاصل فى ثبات النسب هو الاب فان الولد ينسب الى أبيه والام تنسب اليه بواسطة الولد فلهذا تثبت الجزئية فى حقهم لا فى حقهن حتى لو تزوج عبد حرة ثم ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يثبت له عتق مؤجل الى موتها حتى لا يعتق بموتها (قوله لان الاستيلاد لا يتجزأ) يريد به انه اذا أمكن تكميله بان يتملك نصيب صاحبه بالضمان أما اذا لم يمكن تكميله بان استولد مدبرة مشتركة بينه وبين غيره يقتصر على

فيكمل الاستيلاد على ما يجىء بعد هذا فى هذا الباب لان نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لان الاستيلاد وقع فى القنة وهى قابلة للانتقال من ملك الى ملك وما ذكره هنا من تجزى الاستيلاد فانما فرض المسئلة فى المدبرة وهى غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد مقتصرا على نصيبه فيتجزأ الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وبانه يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبى حنيفة وذلك لانهم ما جعلا الاستيلاد مقيسا عليه فى أنه لا يتجزأ فكان مجمعا عليه ثم أجاب عنه أبو حنيفة بانه متجزئ عنده فى ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين كذا فى النهاية قال (وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها) قد ذكرنا أن الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها قبل أن يستبرئها فان قيل شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما فى المعتدة أجيب بان محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك فى زوالها فلا ترتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا تعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة

(قوله أجيب بان معنى قوله لا يتجزأ الى قوله فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال) أقول فيه بحث بل المراد لا يستقر على التجزى كما تعلم مما مر وسيجىء

(ولا يثبت نسب ولدها الا أن يعترف به) وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء وأنه أكثر افضاء أولى ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلابد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بالدعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي ولدها بالنفي من غير لعان فلا يعتبر مالم يتصل به الحمل فأفاد أن المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا حق لما عرف من مسئلة ما اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطء مع أن احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطء لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا جاز عند أبي حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش غير أنه لا يحل وطؤها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها وحينئذ فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل بالماء مانعا فلذا جاز النكاح عقيب وطئها وان كان يستحب أو يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش أم الولد ليس قويا على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعا مالم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة ألا ترى أنها متعينة لثبوت نسب ما تأتي به ففي تزوجها جمع بين الفراشين * (فرع) * اذا باع خدمة أم ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وعن ابن سماعة عن أبي يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق (قوله ولا يثبت نسب ولدها) أى ولد الامة لا أم الولد وهذا رجوع الى المذكور أول الباب في قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا أن يعترف به وان اعترف بوطئها وهو قول الثوري والبصري والشعبي ومروي عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعي ومالك وأحمد يثبت اذا أقر بوطئها وان عزل عنها الا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبرأها مع أن الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بان الغالب أن لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبار الغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد عند مالك ومثله عن أحمد وهو وجه مضعف للشافعية (قوله لانه لما ثبت) هذا وجه قول الجمهور في أن النسب يثبت بما تأتي به الامة بمجرد وطئها وهو أنه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تأتي به المنكوحة به بعد العقد وان لم يعلم الوطء لوجوده بعد المفضي الى الولد فثبوته بعد وطء البالغ وانه أكثر افضاء الى وجود الولد أولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان بعقد وضع للولد (ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع) من قصده وهو سقوط تقومها عند أبي حنيفة ونقصانه عندهما فكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطء وما قيل الوطء قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الاصل من العدم واعلم أن أصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضي الله عنها قالت اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد الى أنه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي وأجيب بانه صلى الله عليه وسلم انما قضى به لعبد بن زمعة على أنه عبد له ورثه لا على أنه أخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو أخوك وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان أخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا

نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله (قوله لوجود المانع) وهو ذهاب التقوم عند أبي حنيفة رحمه الله ونقصان

وقوله (ولا يثبت نسب ولدها) أى ولد الامة رجوع الى ما ابتدأ به أول الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها لما أن ولد أم الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجيء في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة كحكم الامة في أنه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى وقوله (الا أن يعترف به) أى بالولد والاعتراف بالوطء غير ملزم (وقال الشافعي يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد) أى بالنكاح الذي هو مفض الى الوطء (فلأن يثبت به وهو أكثر افضاء أولى ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه) أى عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما أو عدم نجابة أولاد الاماء عندهم (فلابد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء) فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة (بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة) لا يقال النسب باعتبار الجزئية أو بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك لانا نقول لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني

(فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة (الا أنه اذا نفاه ينتفي بقوله) لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج

دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بان في رواية أخرى هو أخوك يا عبد وأما الامر بالاحتجاب فلما رأى من الشبه البين بعتبة ويدفع الاول بان هذه الرواية حينئذ معارضة لرواية هو لك وهي أرجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب أخته شرعا منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا أن كل من أشبه غير أبيه الثابت نسبه منه يجب بحكم الشبه احتجاب أخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا واذن قوله الولد للفراش ينتفي به نسبه عن سعد بانه ابن أخيه وعن عبد بانه أخوه يعني أن الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فهو حينئذ عبد لك يا عبد ميراث لك من أبيك * واعلم أنه روى عند الامام أحمد أما الميراث فله وأما أنت فاحتجبي منه فانه ليس لك باخ فتصريحه بانه ليس أخاها يفيد أنه ليس أخا لعبد بن زمعة وبه تقوى معارضة رواية هو أخوك وقوله أما الميراث فله يفيد أنه أخوهما فاما أن يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه أو يجمع بان المثبت الاخوة الشرعية والمنفي الاخوة الحقيقية وهو أن يخلقا من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب أن يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا أن هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب مالم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ثم يجعل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا خاصا بازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال تعالى لهن لستن كأحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش يعني أم الولد وحينئذ فقوله هو لك أي مقضي به لك ويكون المراد أنه أخوك كما هو الرواية الاخرى وأما ما نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها الا ألحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا رواه الشافعي فعارض بما روى عن عمر أنه كان يعزل عن جارية له فجاءت بولد أسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه وأسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتي جارية فحملت فقال ليس مني اني أتيتها اتيانا لا أريد به الولد وعن زيد بن ثابت أنه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فاعتق الولد وجلدها وعنه أنه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك ما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها والمروي عن عمر من قوله انه يلحق بالواطئ مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك أنا بينا أن الواطئ اذا لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكار أولاد الاماء مطلقا فقال لهم اني ملحق بكم اياهم مطلقا وأما من علم منه الاعتدال في الامر بان يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفي من يجب عليه نفيه أو يجوز فانه لا يتعرض له (قوله فان جاءت بعد ذلك) أى بعد أن اعترف بولدها الاول (بولد ثبت نسبه بغير اقرار) لانه بالاعتراف بالولد الاول تبين كون الولد مقصودا من الوطء فصارت فراشا وبهذا تبين أن الاولى في تعريف الفراش كون المرأة مقصودا من وطئها الولد ظاهرا كما في أم الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده الى ذلك أو وضعا شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد يثبت نسب ما تأتي به فانها حينئذ تكون متعينة لثبوت نسب ما تأتي به وهو الذي عرفوا به الفراش وظهر أن ليس الفراش ثلاثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان قوي وهو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش أم الولد بسبب أن ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها

القيمة عندهما (قوله الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله) أى من غير لعان وفي المبسوط وانما يملك نفيه مالم يقض القاضي به أو لم يتطاول ذلك فاما بعد قضاء القاضي فقد لزمه بالقضاء على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد ما

وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك فيها فلا يحتاج الى الدعوة ووطء الامة ليس بموضوع لها فيحتاج اليها (فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا أنه اذا نفاه ينتفي بقوله) من غير لعان مالم يقض القاضي به أو لم تتطاول المدة فاما بعد قضاء القاضي فقد ألزمه به على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان وقوله (لان فراشها ضعيف) واضح

وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به و يدعى لان الظاهر أن الولد منه وان عزل عنها أولم يحصنها جازله أن ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روى

الا باللعان وقد صرح المصنف فيما تقدم فقال لان الامة ليست بفراش لولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تأتى به أو كونها يقصد بوطئها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغي أنه لو اعترف فقال كنت أطا بقصد الولد عند مجيئها بالولد أن يثبت نسب ما أتت به وان لم يقل هو ولدى لان ثبوته بقوله هو ولدى بناء على أن وطأه حينئذ بقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغي أنه اذا أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصنها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كان نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى أن نوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء وأظن أن لا بعد في أن يحكم على المذهب بذلك وفي المبسوط انما يملك نفيه أي نفى ولد أم الولد اذا لم يقض القاضى به أولم يتطاول الزمان فاما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول دليل اقراره لانه يوجد منه فيها دليل اقراره من قبوله التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان هذا وانما يثبت نسب ما تأتى به في حال حل وطئها له بعد الولد أما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بان وطئها أبو سيدها أوابنه أو وطئ السيد أمها أو ابنتها أو حرمت عليه برضاع أو بكتابة فانه لا يثبت نسبه منه الا باستلحاقه ولا يخفى أنه يجب أن يفصل بين أن تأتى به لاقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها ففى الاول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو أعتقها ثبت نسب ولدها منه الى سنتين من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تأكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض أو نفاس أو صوم أو احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع ذلك العارض الذي عرض لا باختيارها المنقضى عادة بلا اختيارها (قوله وهذا الذي ذكرناه) يعني من عدم لزومه الولد وان اعترف بالوطء ما لم يدعه (حكم) اى في القضاء يعني لا يقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه و بين ربه تبارك وتعالى فالمروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب وان كان عزل عنها حصنها أولا أولم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مامون جازله أن ينفيه (لان هذا الظاهر) وهو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين وبهذا ظهر ان لفظة أو في قوله وان عزل عنها أولم يحصنها أولى من الواو لتنصيصها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها أولم يحصنها فله أن ينفيه اه ولا شك في أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر وأما ظهور كونه من غيره اذا أفضى اليها ولم يعزل عنها فمحل نظر بل أورد أن المصنف علل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال بانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضى هذا ثبوت النسب بعد الوطء وان لم ينزل والا تناقض ولا يخفى أنه لا أحد يقول بثبوت نسب ما تأتى به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل أنه يثبت عزل عنها أولم يعزل وهذا فرع الانزال وحينئذ فالمذكور في الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في

التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار واختلافهم في مدة التطاول وقد سبق في اللعان (قوله فان كان وطئها وحصنها) المراد من التحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وان عزل عنها أولم يحصنها جازله أن ينفيه (قوله لان هذا الظاهر) وهو

قوله (وهذا الذي ذكرناه) أي عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوة (حكم) قضاء القاضى (فاما الديانة) يعني فيما بينه و بين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى ان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزنا وقوله (لان هذا الظاهر) وهو أن الولد منه عند التحصين وعدم العزل (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو العزل أو ترك التحصين

(قوله وقوله لان هذا الظاهر) أقول المراد هو كونه منه بسبب ان الظاهر عدم زنى المسلمة يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين وأما ماذكره الشارح ففيه مالا يخفى

عن

وقوله (وفيه روايتان أخريان) في بعض النسخ أخروان وليس بصحيح وقوله (وعن أبي يوسف وعن محمد) قيل فائدة تكرار عن دفع وهم من يتوهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر فاما رواية أبي يوسف فهي أنه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها (٣٣٣) أولم يعزل حصنها أولم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح مالم يتبين خلافه وأما رواية محمد فهي أنه لا ينبغي له أن يدعيه اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في أن لا يدعى النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه وماذكره أبو حنيفة هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعى وان لم يحصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك (فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه) لان الاوصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعد ما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان أقوى من فراش أم الولد وقوله (ولو ادعاه المولى) معناه اذا زوج

عن أبي حنيفة رحمه الله وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى (فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه) لان حق الحرية يسرى الى الولد كالتدبير ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد

الاستلحاق بل لا يجوز أن يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز أن لا يستلحق نسب من هو منه فكان أمر الاستلحاق مبنيا على اليقين أو الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكا (قوله وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد) ذكرهما في المبسوط فقال وعن أبي يوسف اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أولم يعزل حصنها أولم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح مالم يتبين خلافه وهذا كمذهب الشافعي والجمهور لان ما ظهر سببه يكون محالا به عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغي أن يدعى ولدها اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي أن يعتق الولد وفي الايضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال قال أبو يوسف أحب أن يدعيه وقال محمد أحب أن يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب وعبارة المبسوط تفيد الوجوب (قوله فان زوجها المولى فجاءت بولد) يعني من الزوج (فهو في حكم أمه) حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه و يعتق بموته من كل المال ولا يسعى لاحد وله استخدامه واجارته الا أنه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطئ أمها وهذه اجماعية وهي واردة على اطلاقه حيث قال هو في حكم أمه وهذا لان الصفات القارة في الامهات تسرى الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وان كان أبوه بخلافه ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه أقوى وان كان النكاح فاسدا فانه يلحق بالصحيح في حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزأ ثبوتا فلا يثبت من المولى والاوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر وقول المصنف لان الفراش له يقتضى أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلا وهذا اذا جاءت به لستة أشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد ويستحب بل يجب أن لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح و يثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف بانه ابنه فان ابنه من أمته يعلق حرا كما تقدم غير أنه عارضه في ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم يعارضه في ثبوت الحرية به ذلك فاخذ بزعمه ولم يستحسن قول المصنف وتصير أم ولد لان الكلام في تزويج أم الولد وانما يستحسن لو كان في تزويج الامة التي ليست أم ولد كالصورة المذكورة في المبسوط زوج أمته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه

أن يكون الولد من المولى باعتبار ان الظاهر عدم الزنا يقابله ظاهر أي يعارضه ظاهر آخر وهو أن يكون الولد من الزنا لوجود أحد الدليلين وهما العزل وعدم التحصين وهذا مروى عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه (قوله وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله تعالى) أي عن كل واحد رواية و يدل عليه اعادة كلمة عن روى عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بالولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أولم يعزل حصنها أولم يحصنها تحسينا للظن لها وحملا لامرها على الصلاح وعن محمد رحمه الله انه قال لا ينبغي له أن يدعى النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له أن يعتق الولد و يستمتع بها و يعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين (قوله وان كان النكاح فاسدا) وفي الايضاح أراد بالفاسد هنا ما اذا اتصل به الدخول وهو حينئذ في اثبات النسب ملحق بالنكاح

المولى أمته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت النسب من غيره و يعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لاقراره وانما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولد له لان أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولد له هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير وفات قيل ينبغي أن لا تصير أمه أم ولد لمولاه

لان أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل منه كيف يثبت الفرع أجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد لثبوته كاف وان كان ذلك الاقرار فى ضمن شئ لم يثبت ذلك الشئ لمصادفة اقرار المولى فى محله وهو الملك وهذا لاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو بشبهة بعد النكاح الا أن هذا الاحتمال غير معتبر فى حق النسب لثبوت النسب من الزوج (٣٣٤)

ملحق بالصحيح فى حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره و يعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لاقراره (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وأن لا يبعن فى دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولا سعاية عليها فى دين المولى للغرماء) لما روينا

ولكن تصير أم ولد له تعتق بموته لانه أقر لها بحق الحرية وقد تكلف له أن قوله وولد القنة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكانه قال ولد القنة قن ونسبه يثبت من الزوج اذا زوجها مولاها وحينئذ يستقيم الا أنه خلاف الظاهر لانه انما ذكر ببيان سراية وصف الام الى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلتها (قوله ويعتق الولد) أى ولد أم الولد المزوجة الذى ادعاه يعتق لانه ملكه وهو يزعم أنه ابنه (وتصير أمه أم ولد له) تعتق بموته لانه أقر لها بحق الحرية حيث ادعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بانه علق الولد حر الاصل فان قيل فكيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهى مبنية عليه أجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوت الاستيلاد وان كان فى ضمن مالم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع أن احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطء قبل النكاح الا أنه لم يظهر هذا الاحتمال فى حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقى معتبرا فى الام لحاجتها الى الامومية الموصلة الى العتق (قوله واذا مات المولى عتقت) يعنى أم الولد (من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن فى دين ولا يجعلن من الثلث) وفى نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ بقوله (لما روينا) أى لانه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يبعن يدل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعى بعد ذكره أنه غريب قال وفى الباب أحاديث وساق كثيرا مما قدمنا مما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت ولا يخفى أن كلها فى غير المقصود فان المقصود أنها تعتق من كل المال وليس فى شئ منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكى فى كتابه عن سعيد بن المسيب الا أن جماعة تكلموا فى عبد الملك (قوله ولان الحاجة الى الولد أصلية) لحاجته الى الاكل أى وحاجته الى أمه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بغير اذنه لحاجته الى وجود نسله كما جاز له أكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذ لم تخرج منه فصار اعتاقها كالدفن والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) لا من الاصلية اذ ليس ثم نسب ولد يتبعه أمومة فلا يقدم عتق المدبر على الدين ولا على

الصحيح وكان الفراش فيه ما هو الثابت فى النكاح الصحيح فكان أقوى من فراش أم الولد (قوله ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره و يعتق الولد وتصير أمه أم ولد له) لاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو شبهته بعد النكاح الا أن هذا الاحتمال غير معتبر فى حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقى معتبرا فى حق الام لانها محتاجة الى حق أمية الولد بخلاف ما اذا أقر بالاستيلاد بالزنا لانه احتمال للنسب مع تصريحه بالزنا (قوله وأن لا يبعن) وفى بعض النسخ وأن لا

واستغنائه عن النسب فبقى معتبرا فى حق الام لاحتياجها الى أن تصير أم ولد قال (واذا مات المولى عتقت من جميع المال) سواء كان زوجها أولا لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن فى دين ولا يجعلن من الثلث) ومعنى قوله أمر حكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد الموت كما تقدم وانما نكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعلن من الثلث تاكيد لانه فهم ذلك من قوله وان لا يبعن فى دين ولان الحاجة الى الولد أصلية لان الانسان يحتاج الى ابقاء نسله كما انه يحتاج الى ابقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الاصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين (بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج) وقوله (ولا سعاية عليها) أى على أم الولد (فى دين المولى للغرماء لما بينا) أن الحاجة الى الولد أصلية الخ وفى بعض النسخ لما روينا يعنى من حديث سعيد بن المسيب و وجه ذلك انه لما قال ولا يبعن دل على انتفاء المالية واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية ولانها

(قوله وانما نكر الدين نفيا للسعاية الخ) أقول فيه انه ليس فى السعاية بيع فلا يفيد تنكير الدين ماذكره نعم لو كان التعبير لا يسعين لتم ماذكره (قوله ولا يجعلن من الثلث الخ) أقول ممنوع فان المدبر لا يباع فى دين و يجعل من الثلث (قوله واذا عدمت ماليتها لم يبق عليها سعاية) أقول منقوض بالمدبر فانه لا يباع للحديث وسعى كما

ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم (واذا أسلمت أم ولد النصرانى فعليها أن تسعى فى قيمتها) وهى بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدى السعاية وقال زفر رحمه الله تعتق فى الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان أسلم تبقى على حالها له أن ازالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا أن النظر من الجانبين فى جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمى لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمى الى بدل ملكه أما لو أعتقت وهى مفلسة تتوانى فى الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك وما يعتقده

حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى فى باقى قيمته ولو كان دين السيد مستغرقا سعى فى كل قيمته على ما سلف (قوله ولانها) أى أم الولد (ليست بمال متقوم) عند أبى حنيفة على ما تقدم (حتى لا تضمن بالغصب عنده) يعنى اذا ماتت عند الغاصب حتف أنفها بخلاف المدبر اذا مات عند الغاصب فانه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض فى البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت أم ولد بين اثنين فاعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيا ولا تسعى هى فى شئ أيضا وعندهما تضمن فى ذلك كله بخلاف المدبر وانما تضمن بما يضمن به الصبى الحر عند أبى حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فاتلفتها وأجمعوا أنها تضمن بالقتل لانه ضمان دم واذا لم تكن مالا متقوما (لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) يعنى اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لاصحاب الديون أن يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لان القصاص ليس مالا متقوما حتى يأخذوا بمقابلة ما وجب عليه من القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولى القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل رجلا مديونا وعفا المديون قبل موته صح وليس لارباب الديون أن يمنعوه من العفو وقيل اذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولى القصاص شيا لانه ليس حقا ماليا والاقرب المتبادر الاول (قوله واذا أسلمت أم ولد النصرانى فعليها أن تسعى فى قيمتها) يعنى اذا أسلمت فعرض الاسلام على مولاها فابى فانه يخرجها القاضى عن ولايته بان يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتبة الا أنها لا ترد الى الرق ولو عجزت نفسها الا أنها لو ردت الى الرق ردت الى الكتابة لقيام اسلامها وهو الموجب فلا فائدة فى اثبات حكم التعجيز وعلى هذا اذا أسلم مدبر النصرانى وتسمية مثل هذا دورا على التشبيه والا فاللازم ليس الا ما ذكرنا من عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر أنها لا تقدر الا كذلك والا لو جدت المال فى الحال لم يحتج الى ذلك (وقال زفر تعتق للحال) أى لحال اباء مولاها الاسلام (والسعاية دين عليها) تطالب بها وهى حرة فان أسلم عند العرض فهى على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو أسلم بعده وقال مالك والظاهرية تعتق مجانا وقال الشافعى وأحمد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات و يجبر على نفقتها الى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فتحل له وجه قول زفر أن النظر ودفع الضرر عن الذمى واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك فى اعتاقها بالقيمة له بخلافه مجانا كما قال مالك فانه اهدار ما يجب له من النظر اذا أمكن وأما قول الشافعى ففيه زيادة اضرار به من ايجاب النفقة بلا انتفاع مع امكان دفعه عنه قلنا الامر كما ذكرت غير أن قولنا أدفع للضرر عنه وعنها فانه لا يصل الى البدل عقيب عتقها الا أنها تعتق مفلسة وربما تتوانى فى الاكتساب

يسعين (قوله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) يعنى اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لارباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم و يستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمتقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيا متقوما وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولى القصاص من استيفاء القصاص وقيل معناه اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا فلا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو (قوله ومالية أم الولد) جواب عما يلزم على أبى حنيفة رحمه الله ان مالية أم الولد غير متقومة عنده فاجاب بوجهين أحدهما ان مالية أم الولد متقومة فى اعتقاد الذمى فيترك وما

وقوله (ولانها) يعنى أم الولد (وليست بمال متقوم) حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند أبى حنيفة لان ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم (فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) فان من له القصاص اذا مات وهو مديون ليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه القصاص بدينهم و يستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا منه بمقابلته شيا متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولى القصاص من استيفاء القصاص وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو (واذا أسلمت أم ولد النصرانى فعليها أن تسعى فى قيمتها) وهى ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبى حنيفة مع ان مالية أم الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية قول بالتقوم اذ السعاية بدل ما ذهب من ماليتها (قوله ومالية أم الولد يعتقدها الذمى متقومة فيترك وما يعتقده) جواب عن هذا الاشكال وقوله

ولانها ان لم تكن متقومة فهى محترمة وهذا يكفى لوجوب الضمان كما فى القصاص المشترك اذا عفا أحد الاولياء يجب المال للباقين (ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية) لانها أم ولد له ولو عجزت فى حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب (ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له) وقال الشافعى رحمه الله لا تصير أم ولد له

اذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمى بذلك وتتضرر هى بشغل ذمتها بحق ذمى وربما تموت قبل ايفائها حقه وقد قال علماؤنا خصومة الذمى والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم بخلاف ما اذا وقف عتقها على الاداء فانه حامل على الايفاء فكان اعتبارنا أولى اذ كان أنظر للجانبين وقوله (ومالية أم الولد الخ) جواب سؤال يرد على أبى حنيفة فى قوله بنفى مالية أم الولد وهو أنها كيف تسعى فى قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عندك فقال الذمى يعتقد تقومها (فيترك وما يعتقده) أى مع ما يعتقده ولانا أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقومة فى حقه وقد تقدم ان قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ولو سلم انها ليست متقومة مطلقا فهى محترمة وهذا يكفى لايجاب الضمان وان لم يكن المضمون مالا كما فى القصاص المشترك بين مستحقين اذا عفا أحد الاولياء المستحقين له يجب المال للباقين لانه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا وليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة ازالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذمى الا أن هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام و وجه أيضا بأن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوم أم الولد وأنت سمعت فى العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبى حنيفة بدل ما هو مال فارجع اليه وان كونه بدل ما ليس بمال قول محمد (قوله واذا مات مولاها النصرانى عتقت) وسقطت عنها السعاية (لانها أم ولد له) (قوله ومن استولد أمة غيره بنكاح) يعنى تزوج أمة لغيره فولدت له (ثم ملكها صارت أم ولد) بذلك الولد الذى ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول أحمد فى رواية (وقال الشافعى لا تصير أم ولد له) وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها ثم عندنا تصير أم ولد له من وقت ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه لان أمومية الولد عند المالك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولد لها ثبت له حق الحرية ونحن نقول انما ثبت فيها وصف الامية بعد الملك وان كان بأمر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية فى المنفصل قبل الامومة و يتفرع على هذا انه لو ملك ولدا لها من غيره قبل أن يملكها له بيعه عندنا خلافا له لانه ليس ابن أم ولد له بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها فانه يعتق عليه اتفاقا وفى المبسوط لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث فى ملكه من غيره فانه فى حكم أمه ولو استولدها بملك اليمين ثم استحقت أو بنكاح على انها حرة فظهرت أمة تصير أم ولد له عندنا وللشافعى فيه قولان فى قول تصير أم ولد له وفى آخر لا تصير أم ولد له

يعتقده كما فى مالية الخمر والثانى ان مالية أم الولد وان لم تكن متقومة ولكن ملكه فيها محترم وقد احتبس عندها بمعنى من جهتها وهذا يكفى لوجوب الضمان كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب الشريكين بعفو صاحبه يلزمه بدله فان قيل لو كان احترامها كافيا لوجوب الضمان ينبغى أن يجب الضمان بغصب أم الولد لانها حرام التعرض بالغصب ومع ذلك لا يجب الضمان به عند أبى حنيفة رحمه الله قلنا انما لم يجب الضمان به على قوله لان مبنى ضمان الغصب على المماثلة لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لان الغصب من الاعتداء ولا مساواة بين ما ضمن به من المال و بين مالية أم الولد لانها غير متقومة فلما لم تثبت المساواة لم يجب الضمان لهذا المعنى قوله لقيام الموجب وهو وجوب ازالة الذل عنها بعد ما أسلمت

(ولانها) يعنى مالية أم الولد (ان لم تكن متقومة فهى محترمة وهذا) أى كونها محترمة (يكفى لوجوب الضمان) جواب آخر لذلك الاشكال واعترض عليه بان الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد وأجيب بان مبنى الضمان فى الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها و بين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام فى مثله وقوله (كما فى القصاص المشترك) يعنى اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقين وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم (ولو مات مولاها) وهو النصرانى (عتقت بلا سعاية لانها أم ولد ولو عجزت فى حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب) وهو اسلامها مع كفر مولاها

ولو

وقوله (ولو استولدها) صورة المسئلة ظاهرة وتقرير وجه الشافعى هذه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت برقيق لا تصير أم ولد لمن علقت منه لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام فى تلك الحالة أى فى حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل وفى صورة النزاع ليس كذلك لان الام رقيقة لمولاها فى تلك الحالة أى فى حالة العلوق فلو انعلق الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل وقوله كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزانى انها لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاها قيل فى كلامه تسامح لان قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لا يثبت اذا علقت من الزنا وقوله (وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) يدل على ان هذا هو العلة وهو المشهور عنه

ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور وله أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزانى وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام فى تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزانى وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة

(وهو ولد المغرور) وهو حر بالقيمة يوم الخصومة (قوله) أى للشافعى (انها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكه الزانى وهذا لان أمومة الولد باعتبار علوق الولد حرا) وانما قلنا ان الامومة باعتبار علوق الولد حرا (لانه جزء الام فى تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل) وهو حر فلابد أن تستحق هى الحرية واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بان الرق فى أم الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وانما اقتصر المصنف اقتصارا للعلم ببقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزأها حر ومقتضاه حريتها اذ لا يخالف الجزء الكل الا أن الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزأ حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة فى بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبت به حق الحرية عملا بشبهى الجزئية وعدمها المابقى منها فى الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهى حرة بعد موته وتقدم الحديث فشرط فى ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها (ولنا ان سبب الامومة) فى محل الاجماع وهو الاصل (هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل) يعنى عند قوله أول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد (والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا) فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت فى الزوج فتثبت الامومة (بخلاف الزنا فانه لا نسب يثبت للولد من الزانى) فلا تصير الامة التى جاءت بولد من الزنا اذا ملكها

(قوله ولنا ان السبب هو الجزئية) أى الجزئية مع النسبة الى الاب لانه اذا ثبت النسب من كل واحد منهما يضاف الى كل واحد منهما على سبيل الكمال فتصير هى منسوبة اليه باعتبار هذه الواسطة فصار نفسها كنفسه لما صار بعضها كبعضه ثم لو ملكه نفسه يعتق عليه من كل وجه فاما اذا ملك نفسه من وجه عتق عليه من وجه هذا متقرر ومتى ثبت نسب الولد بنكاح أو ملك فاما اذا استولدها بالزنا وأقر بذلك ثم ملكها تصير أم ولده قياسا وهو قول زفر رحمة الله تعالى عليه لانه ولده حقيقة حتى لو ملكه يعتق عليه فكذا أمها تكون أم ولده وفى الاستحسان لا تصير أم ولد له لان الموجب لحق العتق لها صيرورتها منسوبة اليه بواسطة الولد ولم يوجد هنا لان نسب الولد بالزنا لا يثبت ولا تصير هى منسوبة اليه بدون هذه الواسطة وانما عتق عليه الولد لو ملكه لانه جزؤه

وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفى صورة الزنا انما لم تثبت أمومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان المزنى بها فى تلك الحالة ملك مولاها (ولنا ان سبب الاستيلاد هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل) أول الباب حيث قال ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا وقد ثبت النسب بالنكاح فثبتت الجزئية بهذه الواسطة واذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد وقوله (بخلاف الزنا) جواب عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه (لا نسب) فيه أى فى الزنا (للولد الى الزانى) فلا تثبت الجزئية المعتبرة فى الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت أمومية الولد فان قيل لما لم يثبت النسب من الزانى فعلام يعتق عليه الولد من الزنا اذا ملكه أجاب بقوله (وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة) بخلاف أمومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد

قال المصنف وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا) أقول قال الزيلعى ولا معتبر بما ذكر من حرية الجنين لانه لو أعتق ما فى بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ولو كان لاجل الاتصال لم يثبت اه وفيه بحث لان الشافعى يعتبر فى أمومية الولد علوق الولد حرا وفى اعتاق الجنين علوق رقا وكم بين حال الابتداء والبقاء ثم ان المولى باعتاقه منفردا جعله شخصا على حدة وأخرجه عن حكم الجزئية فغلب جهة الانفصال على جهة الاتصال فليتامل (قال المصنف فتثبت الجزئية بهذه الواسطة) أقول قال ابن الهمام يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد أمته التى زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولد له وجوابه أن ثبوت الامومية لاقراره بثبوت النسب منه وان لم

نظيره من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة (واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها فى كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حرا لاصل لاستناد الملك الى ماقبل الاستيلاد

الزانى أم ولده استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير أم ولده وهو القياس فان قيل فكان ينبغى أن لا يعتق الولد اذا ملكه أبوه من الزنا اذا كان لا يثبت نسبه منه أجاب بقوله (وانما يعتق على الزانى اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره) أى نظير أم الولد من الزنا حيث لا تعتق عليه لعدم انتسابه الى أبيه (من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق) عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل (بواسطة نسبته الى الوالد) وهى غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان أخاه لامه فصار الحاصل ان الامومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد بل انها تثبت منه غير متعرض لنفيها عن غيره فاذا صح تعليله بثبوت نسب ما تأتى به منه ثبتت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لانا ننفى المفهوم المخالف وهم وان أثبتوه قدموا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد فى ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا أنه يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد أمته التى زوجها من عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولده وجوابه ان ثبوت الامومة لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا ومما تنتفى فيه الامومة ماذكر فى الايضاح أمة جاءت بولد فادعاه أجنبى لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه فان ملكه المدعى عتق ولا تصير أمه أم ولده (قوله واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد للاب) سواء كان الابن وطئها أولا لان حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كوطء الحائض (وعليه قيمتها) لانه ملكها قبيل الوطء بالقيمة ليقع الوطء فى ملكه (وليس عليه عقرها) لسبق ملكه الوطء (ولا قيمة ولدها) لانه انعلق حرا لتقدم الملك على الام (وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها) فى باب نكاح الرقيق من (كتاب النكاح) وللشافعى قولان أحدهما تصير أم ولد و يضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكما للوطء اذ لو أثبته سابقا عليه لم يتجه له ايجاب المهر والقول الآخر لا تصير أم ولد بل يلزمه المهر لانه لم يملكها وهو قول أحمد وعلى هذا تستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت أولا واذا كان تملكها الازما عرف انه لا يصح دعوة ولد مدبرة ابنه ولا أم ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان فى لفظ الجارية عرف يخرجهما فقد أخرجهما باللفظ والا فبالحكم المذكور فى المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية فى ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة أيضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء أورد و ولدت لاقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه الاب لم تصح دعوته الا أن يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبى ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم أسلم أو عبدا فعتق أو مجنونا فافاق فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا تصح لعدم الولاية الا ان يصدقه اما المعتوه لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر من افاقته ففى القياس لا تصح لعدم ولايته

حقيقة وكما لا يستديم الانسان الملك على نفسه لا يستديم الملك على جزئه (قوله نظيره من اشترى أخاه من الزنا) أى أخاه لاب لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة فاما اذا اشترى أخاه لام من الزنا يعتق عليه (قوله واذا وطئ جارية ابنه يريد بها القنة) لانها محل التملك حتى لو كانت مدبرة أو أم ولد الابن بحيث لا ينتقل الى الاب بالقيمة فدعوته باطلة ثم دعوة الاب انما تصح بشرط ان الجارية فى ملك الابن وقت العلوق ووقت الدعوة وأن لا يخرج من ملك الابن فيما بين ذلك حتى يمكن استناد الملك الى ماقبل الاستيلاد (قوله

والنسبة عن الزانى منقطعة فكان أمومية الولد من الزنا (نظير من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه) أى الاخ (ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهى غير ثابتة) والمراد بالاخ الاخ لاب وأما الاخ لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة وقوله (واذا وطئ جارية ابنه) ظاهر

يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا أو اعترافا اه وفيه بحث لان ولد الزنا كيف لا يثبت نسبه بالاعتراف وجوابه أن ذلك ثبت بالاستحسان على خلاف القياس اذ المراد بالاعتراف هو الاقرار المصادف محله وهو الملك (قال المصنف واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه) أقول ولصحة هذه الدعوى شرائط مذكورة فى شرح الكنز للزيلعى

وان

(وان وطئ أبو الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب) لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب) لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب و رقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية (واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) لانه لما ثبت النسب فى نصفه لمصادفته ملكه ثبت فى الباقى ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين (وصارت أم ولده) لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما (وعند أبى حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولده ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك و يضمن نصف قيمتها) لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد و يضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما بالاستيلاد فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه

عند العلوق وفى الاستحسان تصح لان العته لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعى مرتدا فهى موقوفة عند ابى حنيفة رحمه الله ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهى فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغى أن تتوقف عندهما أيضا لان تصرف المرتد فى مال ولده موقوف عندهما أيضا لكنها تضمنت التصرف فى مال نفسه وفيه لا يتوقف لاسيما فى النسب لانه يحتاط فى اثباته فينفذ (قوله وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه) لان شرط الصحة قيام الولاية على ماذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا أو حيا كافرا أو عبدا أو مجنونا فان الجد حينئذ يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته فى هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند أبى حنيفة موقوفة فان أسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته أو لحق وقضى بلحاقه صحت ولو باع ابن ابن الجارية حاملا ثم استردها فولدت لاقل من ستة أشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا فى الاب (قوله واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) سواء كان فى المرض أو فى الصحة وكذا اذا ادعى أحدهما وأعتق الآخر معا فالدعوة أولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعى مسلما أو كافرا لانه لما ثبت النسب فى نصفه المملوك له من الجارية ثبت فى الباقى ولفظ فى يحمل على معنى من التى لابتداء الغاية أى ثبت من نصف الامة المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله صلى الله عليه وسلم دخلت امرأة النار فى هرة أى لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له لان قوله ثبت فى الباقى ينبو عنه وحاصل المعنى أنه ثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه أى النسب لا يتجزأ ثبوته من امرأة فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها ولا يقال سيأتى انه يثبت من رجلين بالنسبة الى امرأة واحدة لانا نقول ليس فى ذلك تجزئة من امرأة لان النسب ثبت من كلها الكل منهما لا من بعضها الواحد ومن البعض الآخر للآخر وانما لا يتجزأ لان سببه وهو العلوق لا يتجزأ فى امرأة بان علق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مثبتى القيافة على ماسيأتى فعدم التجزى أن لا يعلق الولد بنصفها (قوله وصارت أم ولده) اتفاقا أما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزأ كما لا يتجزأ ثبوت النسب فلا يصير نصفها أم ولد له ثم يتملك نصيب شريكه بل تصير كلها أم ولد وعنده يصير نصفها أم ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزى الامومة كما امتنع

ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد) هذا اذا جاءت به بعد موت الاب لستة أشهر فصاعدا وأما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر لا يثبت من الجد (قوله لا يتعلق من ماءين) أى من ماء رجلين (قوله بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه) لان الملك هنا يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه فان قيل التملك انما يثبت ضرورة تصحيح الاستيلاد فيثبت سابقا عليه فيبقى ماوجد من فعل الوطء سابقا على العلوق فى غير الملك فينبغى أن يجب العقر قلنا الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذى يحصل به الولد فلم يعتبر تعددا لفعل مع اتحاد المطلوب

مملوكا ولكن كان ذكرها هنالك من حيث ان الاستيلاد يخرج الامة الى حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما أريد بعدم تجزى الاستيلاد المذكور هنالك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه (قوله فادعاه أحدهما) لا فرق فى ذلك بين الصحة والمرض وقوله (لانه لما ثبت النسب منه فى نصفه الخ) يرد عليه القلب وهو أن يقال لما لم يثبت النسب منه فى نصيب الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت فى الباقى ضرورة انه لا يتجزأ الى آخر ماذكر فى الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطا ألا ترى انه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة وقوله (فيتعقبه الملك فى نصيب صاحبه) قال فى النهاية هذا على اختيار بعض المشايخ وأما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يفترقان لما عرف فى أصول الفقه وأقول يجوز أن يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتى دون الزمانى وحينئذ يكون واردا على الاصح من المذهب وقوله (بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه) وهذه التفرقة بين الشريك والد...

(ولا يغرم قيمة ولدها) لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك

تجزى ثبوت النسب لان معنى كونها أم ولده ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزأ عنده بمعنى زوال الملك فجازت أمومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء فى الباقى أو اعتاقه الى آخر ما عرف لكن لما كان النص المفيد لتجزى العتق أوجب أن لا يقر بعضه عتيقا وبعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها أم ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقا للعتق والحاصل أن الاتفاق على أنه لا يستقر تجزيها فى حق الامومة بل التجزى فى الابتداء ثم يتمم للكل عنده وعندهما صارت أم ولد من أول الامر ثم لا يخفى ان تعليل تملك نصيب شريكه بانه قابل للملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق عد جنونا وكونه أفسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز أن يضمنه وللانسان ترك حقه وههنا لو رضى الشريك بترك تضمينه ويصير نصفها ملكا له ونصفها أم ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الآخر أو تسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا من النص الدال على أنه اذا عتق البعض لا يبقى البعض رقيقا وألحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذى علقت منه وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطء وبابتدائه يثبت المهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما أصاب حصته ويضمن حصة شريكه وما قيل الاصح أن حكم العلة يقارنها فى الخارج لم يختره المصنف وقد ملأ الكتاب من ذلك وأوله من باب من يجوز دفع الصدقة اليه فى خلافية زفر فيما اذا دفع النصاب الى الفقير منعه زفر لان الدفع قارن الغنى فاجاب بانه حكم الدفع فيتعقبه فحصل الدفع الى الفقير ثم لم يزل يكرره فى كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم فى يساره واعساره لانه ضمان تملك كالبيع وعن أبى يوسف ان كان المدعى معسرا سعت أم الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكها يثبت شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفى لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطء فى ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء أجيب بان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذى يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذى به الاستيلاد ومنه الوطء فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب ثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه يثبت من ذلك الوقت أيضا فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن له شيأ واعلم أن مقتضى ما ذكره المصنف من أن الملك فى نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه أن العلوق قبل ملك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه واستناد النسب الى العلوق بعد ما وقع فى ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شئ على ملكه لا يقال يمكن كونه أراد بالاستيلاد فى قوله حكما للاستيلاد الوطء لانا نقول الاستيلاد اما أن يطلق على العلوق أو على مجموع الوطء مع الانزال والعلوق أما مجرد الوطء بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد ضرورة صيرورتها أم ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بان حكم العلة معها فى الاصح لا يفيد لان نقله مع العلوق أيضا بلا موجب لانها مالم تصر أم ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقبا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لانه حينئذ ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا حملت على ملكهما فان اشتراها حاملا فادعاه أحدهما

فتقدم الملك على جملة الفعل فيقع الوطء فى الملك

حيث ان ملك الشريك فى النصف قائم وقت العلوق وذلك يكفى فى الاستيلاد فجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطء واقعا فى غير ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشريك فيجب العقر وأما الاب فلم يكن له ملك فى الجارية وقد استولدها فجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد فى ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطء فى ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف مهر مثلها هكذا فى مبسوط شمس الائمة السرخسى وفى مبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالا وقوله (فلم يتعلق منه شئ على ملك الشريك) لانه كما علق انعلق حر الاصل لان نصفه انعلق على ملكه وأنه يمتنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب

وان

(وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) قال المصنف (معناه اذا حملت على ملكهما) وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهى أم ولده لان نصيبه منها صار أم ولده والاستيلاد لا يتجزأ فيثبت فى نصيب شريكه أيضا (وقال الشافعى يرجع الى قول القافة) وهى جمع القائف كالباعة فى جمع البائع وهو الذى يتبع آثار الآباء فى الابناء من قاف أثره اذا أتبعه والقيافة فى بنى مدلج منهم المجزز (لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين) أى من ماء فحلين (متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف فى أسامة) روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عائشة وأسارير وجهه تبرق من السرور فقال أما علمت أن محززا المدلجى مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وأرجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلا لما جاز لظهار السرور ولوجب عليه الرد والانكار (ولنا كتاب عمر الى شريح فى هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقى منهما) أى الولد يكون للاب الباقى من الابوين اللذين كانا اذا مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للاب الحى دون أن يكون نصفه لورثة الاب الميت (وقوله وكان بمحضر من

(وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعى رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف فى أسامة رضى الله تعالى عنه ولنا كتاب عمر رضى الله تعالى عنه الى شريح فى هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثانه وهو للباقى منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وعن على رضى الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت فى حقهما على التجزئة ومالا يقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره

ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل فى ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهى كالاعتاق الموقع الا أنه يضمن نصيب شريكه فى اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه ههنا لان الوطء لم يوجد فى ملك شريكه (قوله وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما) وكانت الامة أم ولدهما فتخدم كلا منهما يوما واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحى فى تركة الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحى عند أبى حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسعى فى نصف قيمتها له ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية فى قول أبى حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بماله على الآخر وفائدة ايجاب العقر مع التقاص به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه فى حق الآخر وأيضا لو قوم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث أب واحد فهذه أحكام دعوتهما ذكرها القدورى ومنها انه للباقى منهما حتى اذا مات أحدهما كان كل ميراث الابن للباقى منهما وفرق المصنف بينهما

(قوله معناه اذا حملت على ملكهما) وانما قيد بهذا لانه اذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فهى أم ولده لان نصيبه منها صار أم ولده والاستيلاد لا يحتمل التجزى فيثبت فى نصيب شريكه أيضا (قوله وقال الشافعى رحمه الله يرجع الى قول القافة) هى جمع القائف وهم جماعة يعرفون بانهم يعرفون أولاد الناس بالشبه تمسك الشافعى رحمه الله بما قالت عائشة رضى الله عنها دخلت على رسول الله عليه السلام وأسارير وجهه تبرق من السرور وقال أما ترين يا عائشة ان مجززا المدلجى مر باسامة وزيد وهما نائمان تحت لحاف واحد وقد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض فسرور رسول الله عليه السلام بقول القائف دليل على ان قوله حجة فى النسب وقلنا ان قول القائف رجم بالغيب ودعوى بما استأثر الله تعالى بعلمه فى قوله تعالى ويعلم ما فى الارحام ولا برهان له فى قوله مع انه كان فى قوله قذف المحصنات ونسبة الاولاد الى غير الآباء ومجرد الشبه غير معتبر ألا ترى ان الله تعالى حكم باللعان بين الزوجين عند نفى النسب ولم يأمر بالرجوع الى قول القائف واعتبار الشبه وانما سر به عليه السلام لان الكفار كانوا يطعنون فى نسب أسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون ان عند القائف علما بذلك فكان قول القائف رد الطعن الكفار لا لان قول القائف حجة فى النسب شرعا كذا فى المبسوط (قوله وهو للباقى منهما) حتى اذا مات هذا الابن يكون كل ميراث الابن لهذا الاب الباقى ولا يجعل النصف لهذا الاب والنصف لورثة الاب الميت (قوله ولكن تتعلق به أحكام متجزئة) كالنفقة

الصحابة) يروم به ابرازه فى معرز المجمع عليه وقوله (فى سبب الاستحقاق) يعنى الملك وقبل الدعوة (وقوله أحكام متجزئة) يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف فى ماله والحضانة والميراث فما يقبل التجزئة كالميراث يثبت على التجزئة فى حقهما ومالا يقبلها كثبوت النسب وولاية الانكاح يثبت فى حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره

بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسقيده بما اذا لم يكن مع أحدهما مرجح فلو كان بان كان الشريكان أبا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان أحدهما ذميا يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما و يكون مسلما وقيده ههنا بما اذا حملت على ملكهما وهو ان تلده لتمام ستة أشهر يعني فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهي أم ولد الزوج فان نصيبه صار أم ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولا بقاء عنده فيثبت في نصيب شريكه أيضا وأيضا ما اذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت يعني لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول أولى لكون العلوق في ملكه وعما اذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتريا أمة فولدت لاقل من ستة أشهر من حين ملكاها أو ولدته قبل ملكهما اياها فاشترياها فادعياه لا تكون أم ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد فان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقدمنا في كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما اذا قال لعبده هذا ابني وأمه في ملكه هل تصير أم ولد له أولا قيل نعم بمجهول النسب أو معلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل ذلك على أنه حكمنا عند جهلنا بحال العلوق و بقولنا قال سفيان الثوري واسحق بن راهويه وكان الشافعي يقوله في القديم ورجح عليه أحمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقد القافة وقال الشافعي يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب الى أيهما شاء فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت له نسب من غير أمه والقائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الابناء وغيرها من الآثار من قاف أثره يقوفه مقلوب قفا أثره مثل راء مقلوب رأى والقيافة مشهورة في بني مدلج فان لم يكن مدلجي فغيره وهو قول أحمد وقال به مالك في الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بان الولد لا يتخلق من ماءين لانها كما تعلق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه وهذا يعيد ان القافة لو ألحقوه بهما لا يلحق وهو قول الشافعي انه يبطل قولهم اذا ألحقوه بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما أخرج السنة في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة ألم ترى أن مجززا المدلجي دخل علي وعندي أسامة بن زيد وزيد وعليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما و بدت أقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال أبو داود وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض (ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة) ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما و يرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله أعلم بذلك قال (ولانهما استويا في سبب الاستحقاق) يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزأ ولكن يتعلق به أحكام متجزئة كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فما يقبل التجزي كالارث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها كالنسب وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كملا كان ليس معه غيره * واعلم ان المعروف في قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في امرأة وطئها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبي وعلي يقول هو ابنهما وهما أبواه يرثهما و يرثانه ذكره سعيد أيضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فألحقه بهما و جعله يرثهما و يرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعا عمر القافة واقتدى في ذلك ببصر القافة وألحقه أحد الرجلين ثم ذكر أيضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر

والارث و ولاية التصرف في ماله والحضانة ومالا يقبل التجزئة كالنسب و ولاية الانكاح

عن

عن أيوب عن ابن سيرين قال لما دعا عمر القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال قد كنت أعلم ان الكلبة تلد لا كلب فيكون كل جرو لابيه ما كنت أرى ان ماءين يجتمعان في ولد واحد وأسند عبد الرزاق أيضا عن معمر عن قتادة قال رأى القافة وعمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه وقال هو بينكما يرثكما وترثانه قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول المصنف وعن علي مثل ذلك يشير الى ما أخرج الطحاوي في شرح الآثار عن سماك عن مولى لآل مخزوم قال وقع رجلان على جارية في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من أيهما هو فأتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منكما وروى عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن قابوس عن أبي ظبيان عن علي قال أتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما وضعفه البيهقي فقال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن أبي ظبيان عن علي قال وقد روي عن علي مرفوعا خلاف ذلك ثم أخرج من طريق أبي داود حدثنا حبيش بن أصرم حدثنا عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن أرقم قال أتى علي رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد فسأل اثنين أتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين قالا لا فاقرع بينهم فألحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى * واعلم ان أبا داود رواه أيضا موقوفا وكذا النسائي على علي باسناد أجود من اسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه فاغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه وهو حسن مبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم سر بقول القافة وان عمر قضى على وفق قولهم وانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر اثبات علي النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القافة فاجاب المصنف عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه لما تقدم من حديث أبي داود انه كان أسود وكان زيد أبيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة فكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسروره لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التأذي بنفي نسبه وظهور خطئهم والرد عليهم ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فتكون متعلق سروره أيضا أو ليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان حكمنا بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب واعلم انه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال صلى الله عليه وسلم فيه ان جاءت به أصيهب أثيبج حمش الساقين فهو لزوجها وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذي رميت به وهذه هي القيافة والحكم بالشبه وأجاب أصحابنا بان معرفته ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي لا القيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه أن يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمي به أشبه الزوج أولا لحصول الحكم الشرعي حينئذ بانه ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبه في نفي نسب الولد وأجيب أيضا بانه لا يلزم من حقية قيافته صلى الله عليه وسلم حقية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا اعتبارا بأمور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ثم انه صلى الله عليه وسلم سر بفعل علي رضي الله عنه وهو الحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريق صحيحة لتقريره صلى الله عليه وسلم اياه بل سر به فان الضحك دليله مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر من العمل بقول القافة فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروي عنه من قصة شريح لخفائها وعدم تثبيتها وان كانت قصة مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة عنه لكنهما امامان لا يرويان الا عن قوي أمين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان قول سعيد بن المسيب نعم في اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول بعمر لان سعيدا روى عن عمر و بالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت

(وقوله الا اذا كان أحد الشريكين) استثناء من قوله ومالا يقبلها يثبت فى حق كل منهما كملا وقوله (وسرور النبى صلى الله عليه وسلم) جواب عن قوله وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد أكثر من اثنين فجوزه أبو حنيفة ونفاه أبو

الا اذا كان أحد الشريكين أبا للآخر أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح فى حق المسلم وهو الاسلام وفى حق الاب وهو ماله من الحق فى نصيب الابن وسرور النبى صلى الله عليه وسلم فيما روى لان الكفار كانوا يطعنون فى نسب أسامة رضى الله تعالى عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به (وكانت الامة أم ولدلهما) لصحة دعوة كل واحد منهما فى نصيبه فى الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لانه أقر له بميراثه كله وهو حجة فى حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما فى النسب كما اذا أقاما البينة

عمل عمر بالقيافة لزم ان ذلك الاحتمال فى سروره صلى الله عليه وسلم وهو كون الحقية من متعلقاته ثابت والشافعى رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه القول بثبوت النسب من اثنين اذ حل محل الاجماع من الصحابة وهو ملزوم لاحد الامرين اما أن سروره صلى الله عليه وسلم لم يكن متعلقا الا برد طعنهم أو ثبوت نسخه وبه نقول الا انا لا نقول انه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات لان الماءين لا يجتمعان فى الرحم الا متعاقبين فاذا فرض انه خلق من الاول لم يتصور خلقه من الثانى بل انه يزيد فى الاول فى سمعه قوة وفى بصره وأعضائه وأما التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل لا تحيض فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بانه فى نفس الامر من ماء أحدهما ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر وقال أبو يوسف لا يثبت من أكثر من اثنين لان القياس ينفى ثبوته من اثنين لكنه تركناه لاثر عمر وقال محمد لا يثبت لا كثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين ولابى حنيفة ان سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند أبى حنيفة وعندهما لا يقضى للمرأتين فلا يلحق الا بام واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة أو متساوية فى الجارية فى دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهى تصدقه فعند أبى حنيفة يقضى به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين (قوله الا اذا كان أحد الشريكين أبا للآخر) استثناء من قوله ومالا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت فى حق كل منهما كملا وفى المبسوط أمة بين مسلم وذمى ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فان لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمى أولى لانه حر والمكاتب والعبدوان كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس لهم ملك ولا شبهة ملك قيل ويجب ان يكون هذا الجواب فى العبد المحجور وهبت له أمة ولا يتعين ذلك بل له ان يتزوج منها أيضا ولو كانت الدعوة بين ذمى ومرتد فالولد للمرتد لانه أقرب الى الاسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر (قوله وكانت الامة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما فى نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعا لولدها) ولا يضمن واحد منهما الشريكه شيأ لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شئ (قوله ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه أقر له بميراثه كله) حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة فى حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا تسرى فى حق الآخر وقد استويا فى سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما اذا أقاما البينة على شئ يصير مشتركا بينهما فكذا اذا أقاما

(قوله وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر) فان قيل لا فائدة فى وجوب العقر لانه يصير قصاصا قلنا فيه فائدة فربما أبرأ أحدهما عن حقه فيبقى حق الآخر فتتوجه المطالبة (قوله كما اذا أقاما البينة)

يوسف وجوزه محمد الى الثلاثة وقال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه وقال محمد الثلاثة قريبة من اثنين وقال أبو حنيفة سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجدا وقوله (فيصير نصيبه منهما أم ولد له تبعا لولدها) يعنى تخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعله قبل هذا لانه لا تأثير للاستيلاد فى ابطال ملك الخدمة واذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك فى تركة الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها فى قول أبى حنيفة وتسعى فى نصف قيمتها للشريك الحى عندهما ولو أعتقها أحدهما فى حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية فى قول أبى حنيفة وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه ان كان موسرا وتسعى فى نصف قيمتها ان كان معسرا (وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر) بفتح اللام أى بالذى له وقوله (كما اذا أقاما البينة) يعنى اذا أقاما البينة على شئ يكون ذلك الشئ مشتركا بينهما على السواء فكذلك هنا واذا أقاما

البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما أن تصدقه المكاتب (واذا ... النسب ولا تصير الجارية أم ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب أيضا (وعن أبى يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت)

نسبه منه بمجرد دعوة المولى النسب كما فى الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق

(واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى عليه انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال (وعليه عقرها) لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره

البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع (قوله واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه) وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر فحينئذ يثبت نسبه منه لما سيذكر (وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعى ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب كسب المدعى أو بطريق أولى لان للمولى فى المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة فى رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك أقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى أولى (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين جارية الابن وجارية المكاتب (أن المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه) بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه (والاب يملك تملكه) لحاجته على ما عرف (فلا معتبر بتصديقه) وهذا بخلاف الوارث يستولد أمة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق أحد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس أحد أحق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعى ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وههنا ان حصل العلوق فى ملك المولى لرقبة المكاتب لكن لم يحصل فى ملكه للجارية ملكا خالصا واعترض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف فى مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضى ان لا يثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من ثبوته ألا ترى انه لو أقام البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة أقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق وقد يجاب بأن هذا الحجر لحق آدمى لكونه هو أحق بالدعوى فلا يظهر حقه فى الاستحقاق فى مقابلة من هو أحق به منه الا أن يصدقه لجواز ان يكذبه بان يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا أقام بينة على الوطء فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعا بل تقدما للاحق على غيره بخلاف أحد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس أحدهما أحق من الآخر (قوله وعليه عقرها) للمكاتب (لانه) أى لان وطأه المدلول عليه بقوله فاذا

أى اذا أقاما البينة على شئ واحد يكون ذلك الشئ بينهما على السواء فكذا هذا وأما اذا أقاما البينة على مجهول النسب فالحكم هكذا (قوله وعن أبى يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه) أى لا يشترط تصديق المكاتب بل يثبت بمجرد دعوة المولى كما فى الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى فكذلك جارية الابن كسب كسب الاب أو يقول للمولى فى المكاتب ملك الرقبة وليس للاب على الابن ملك الرقبة ولا ملك اليد بل للاب فى مال الابن حق التملك وحق الملك أقوى من حق التمليك فلما ثبت للاب نسب الولد من جارية الابن بدون الملك على الابن وعلى جاريته بغير تصديق الابن فلان يثبت للمولى نسب الولد من جارية المكاتب بغير تصديق المكاتب مع حقيقة الملك للمولى على المكاتب أولى ألا ترى ان المولى لو أعتق المكاتب يصح مع انه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فعلم أن الملك للمولى عليه ثابت (قوله لصحة الاستيلاد لما نذكره) وهو قوله

ان المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه بحجره على نفسه ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديقه والاب يملك تملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه وانما لا تصير الجارية أم ولد له اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له فى كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد ألا ترى أنه بعجزه ينقلب حقيقة ملك فلا حاجة به الى التملك وليس للاب فى مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطء فى ملكه وولدت منه فكانت أم ولد له وقوله (وعليه عقرها) أى على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطء لان ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد فكان الوطء واقعا فى غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثانى وقوله (لما نذكره) أى نذكر الحق الذى للمولى على المكاتب فى كتاب المكاتب قيل فى كلام المصنف نظر لانه قال ماله من

(قوله ان المولى لا يملك التصرف فى اكساب مكاتبه

(بحجره على نفسه) أقول ضمير بحجره وضمير لنفسه راجعان الى المولى (قوله والاب يملك تملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه) أقول ضميرلانه وضمير نفسه راجعان الى الاب (قال المصنف لما نذكره) أقول أى نذكر الحق الذى للمولى

الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن أصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه نصرح
بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية أم ولد له أي للمولى فاذا لم تصر الجارية أم ولد له فمن أين يصح الاستيلاد والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاد
على طلب نسب الولد أقوى من دلالته على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف أجل قدرا
من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض وقوله (وقيمة ولدها) معطوف على قوله عقرها وقوله (وهو انه) قيل أي الولد يعني ان الولد حصل له (من
كسب كسبه) فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز أن يكون انه أي الجارية كسب كسبه وذكر الضمير
نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في رقه يعود الى الولد قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر وحق الكلام كما في المغرور بدون
ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير أم ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية أم ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في أم ولد المغرور وقوله (وان كذبه) معطوف على قوله فان صدقه المكاتب وقوله (ولو ملكه) يعني ولد الجارية الذي ادعاه وكذبه المكاتب (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه لقيام الموجب) وهو الاقرار بالاستيلاد (وزوال المانع) وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية أي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة الا أن بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

قال (وقيمة ولدها) لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية أم ولد له) لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور (وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت) لما بينا انه لا بد من تصديقه (فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله تعالى أعلم بالصواب

وطء المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق أي حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما ذكره يعني من قوله عقيبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطء أمة نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطء أمتها أولى وأبعد شارح فقال أي لما ذكره في كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع أن مجرد ثبوت حق في ذمة سيد أمة لا يصحح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد وهو أقرب اليه من حبل الوريد (قوله وقيمة ولدها) عطف على عقرها أي وعليه قيمة الولد (لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه) أي الجارية بتأويل الشخص (كسب كسبه فلم يرض برقه) حيث اعتمد دليلا يوجب حريته (فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه) كما أن المغرور بشراء أمة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرية الولد بالقيمة الا أن قيمة الولد ههنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق أن العلوق ههنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لما لكها الا أنه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في أقرب أوقات الامكان وأما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه أمانة حبسها عن صاحبها تقدير فتعتبر القيمة يوم الحبس وتحقق هذا الحبس والمنع انما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها (ثم لا تصير الجارية أم ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في أم ولد المغرور) المبيعة المستحقة لا تكون أم ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير أم ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه أول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه وأما ثبوت أمومية الولد للام فانما هو لازم في بعض الصور وهو أكثرها دون بعض وليس عينا ليلزم نفي ما أثبته ثم اذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب (قوله وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا) أي من انه لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه (فلو ملكه) أي لو ملك الولد (يوما) من الدهر (ثبت نسبه منه) وكان ولدا له (لقيام الموجب) وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب *(فروع)* رجل فجر بأمة

حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه (قوله وقيمة ولدها) أي وعلى المولى قيمة ولد الجارية مكاتبة يوم ولد (قوله فلو ملكه يوما) أي لو ملك المولى يوما ولد جارية المكاتب الذي ادعاه وكان لم يثبت نسبه عند الدعوة

على المكاتب في كتاب المكاتب كذا قاله الشارح أكمل الدين وقال ابن الهمام بل المراد به قوله عقيب هذا انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه عليها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر (قال المصنف وهو أنه كسب كسبه) أقول الضمير راجع الى الجارية بتأويل الشخص أو باعتبار الخبر (قوله فتقديره كما في أم ولد المغرور) أقول فعلى تقدير المضاف وارادة المعنى اللغوي في أم الولد

اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر الايمان عقيب العتاق لمناسبتها له في عدم تأثير الهزل والاكراه فيهما واليمين في اللغة القوة قال الله تعالى لأخذنا منه باليمين وفي الشريعة عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ الذي ينعقد به اليمين وحكمه البر فيما يجب فيه البر والكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب البر فيه لان من الأيمان ما يجب فيه الحنث على ما سيأتي

(كتاب الايمان)

فولدت ثم اشتراها لا تصير أم ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفي المحيط يجوز اعتاق أم الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية (١) وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جوامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسعى في دين وفي الكافي أمة بين رجلين قالا في صحتهما هي أم ولد أحدنا ثم مات أحدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة لانه يخبر عن نفسه والورثة تخبر بفعل غيرهم فان قال الحي هي أم ولدي فهي أم ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيأ لانه لما أقر بوطئها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل ولو قال هي أم ولد الميت عتقت صدقته الورثة أو كذبته لانه ان صدق فهي حرة وان كذب فكذلك لاقراره بعتقها بموته ولا سعاية للحي لانه يدعي الضمان على الميت وكذا للورثة لانهم يدعون عليه الضمان ان كذبوه في اقراره وان صدقوه فقد أقروا بعدم السعاية والله الموفق

(كتاب الأيمان)

شترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه الا أنه قدم على الكل النكاح لانه أقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فايلاؤه اياه أوجه واختص الاعتاق عن الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه في تمام معناه الذي هو الاسقاط وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية فقدمه على اليمين ولفظ اليمين مشترك بين الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالى لأخذنا منه باليمين وقول الشماخ وقيل الحطيئة

رأيت عرابة الأوسي يسمو * الى الخيرات منقطع القرين
اذا ما راية رفعت لمجد * تلقاها عرابة باليمين

أي بالقوة ثم قولهم انما سمي القسم يمينا لوجهين أحدهما أن اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالاقسام على الحل أو المنع والثاني أنهم كانوا يتماسكون بايمانهم عند القسم فسميت بذلك يفيد أنه لفظ منقول ومفهومه اللغوي جملة أولى انشائية صريحة الجزأين يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظ أولى يصيره غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم وهو على عكسه فان الاولى هي المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظي وجملة أعم من الفعلية كحلفت بالله لأفعلن أو أحلف والاسمية مقدمة الخبر كعلي عهد الله أو مؤخرته نحو لعمرك لأفعلن وهو مثال أيضا الغير المصرح بجزأيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل وأسماء هذا المعنى التوكيدي ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والايلاء واليمين وخرج بانشائية نحو تعليق الطلاق والعتاق فان الاولى ليست انشاء فليست التعاليق أيمانا لغة وأما مفهومه الاصطلاحي

بسبب تكذيب المكاتب يثبت نسبه عند ملكه اياه وذكر في المبسوط واذا ملك المولى الجارية أي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة دعوته الا أنه امتنع صحة دعوته بمعارضة المكاتب اياه بالتكذيب وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه لقيام الموجب وهو الأقرار بالاستيلاد والله تعالى أعلم بالصواب

(كتاب الايمان)

ليمين في اللغة عبارة عن القوة قال الله تعالى لأخذنا منه باليمين
وقال الشماخ اذا ما راية رفعت لمجد * تلقاها عرابة باليمين
وفي الشريعة عبارة عن عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك وسمي هذا العقد بها لان العزيمة تتقوى بها وأما شرطها ففي الحالف كونه عاقلا بالغا وفي الحلف كونه خبرا محتملا للصدق والكذب عندنا وعند الشافعي رحمه الله نفس الخبر وأما حكمها فالبر حال بقاء اليمين اذا وجب تحقق البر وقيد به لان من الايمان

(كتاب الايمان)
(قوله وشرطها كون الحالف مكلفا) أقول وفي البدائع أي مسلما عاقلا بالغا فلا يصح يمين الكافر عندنا حتى ان الكافر اذا حلف على يمين ثم أسلم فحنث لا كفارة عليه خلافا للشافعي اه وقوله لا كفارة عليه هذا عندنا لانها عبادة والكافر ليس من أهلها وقوله خلافا للشافعي لان الكافر من أهل اليمين عنده ولذلك يستحلف في الدعاوي والخصومات وكذا يصح ايلاؤه

(١) قوله وفي غيرها الخ بهامش نسخة العلامة البحراوي كذا في النسخ الحاضرة ولعله وفي غيره أي غير المحيط لا يصح أو تدبيرها أي تدبير أم الولد والله أعلم اه كتبه مصححه

(والايمان على ثلاثة أضرب) لان اليمين بالله اما أن يكون فيها مؤاخذة أولا فان كانت فاما أن تكون بنوية فهى المنعقدة أو أخروية فهى الغموس وان لم تكن فهى اللغو (فالغموس (٣٤٨) هى الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه) وذكر الماضى ليس بشرط بل هو بناء

قال (الايمان على ثلاثة أضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا أدخله الله النار (ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار) وقال الشافعى رحمه الله تعالى عليه فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا أنها كبيرة محضة

جملة أولى انشائية مقسم فيها باسم الله تعالى أو صفته ومؤكد بها مضمون ثانية فى نفس السامع ظاهرا وتحمل المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس أو التزام مكروه ككفر أو زوال ملك على تقدير لمنع عنه أو محبوب ليحمل تحليته فدخلت التعليقات مثل ان فعل فهو يهودى وان دخلت فانت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبكسرها لمنعها وان بشرتنى فانت حر وسببها الغائى تارة ايقاع صدقه فى نفس السامع وتارة حمل نفسه أو غيره على الفعل أو الترك فبين المفهوم اللغوى والشرعى عموم من وجه لتصادقهما فى اليمين بالله وانفراد اللغوى فى الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحى فى التعليقات ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على أنه لا يكره لانه لمنع نفسه أو غيره ومحمل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم وركنها اللفظ الخاص وأما شرطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذى يلزم وجودها وجوب البر فيما اذا عقدت على طاعة أو ترك معصية فيثبت وجوبان لامرين الفعل والبر ووجوب الحنث فى الحلف على ضدهما أو ندبه فيما اذا كان عدم المحلوف عليه جائزا وسيأتى واذا حنث فيما يجوز فيه الحنث أو يحرم لزمته الكفارة (قوله اليمين على ثلاثة أضرب يمين الغموس) والاصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الاضافة أو يمين غموس وأما يمين الغموس فاضافة الموصوف الى صفته وهى ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب رد بأنه اضافة الجنس الى نوعه لان الطب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلاة الاولى مقصور على السماع وسميت غموسا لغمسها صاحبها فى الاثم ثم فى النار فعول بمعنى فاعلة بصيغة المبالغة (قوله فالغموس هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب به) وليس هذا بقيد بل الحلف على الحال أيضا كذلك كوالله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة وأقرب الالفاظ اليه ما فى صحيح ابن حبان من حديث أبى أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم حرم الله عليه الجنة وأدخله النار وفى الصحيحين لقى الله وهو عليه غضبان وفى سنن أبى داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم أى المحبوس عليها لانها مصبور عليها (قوله ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار) وهو قول أكثر العلماء منهم مالك وأحمد رضى الله عنهما (وقال الشافعى رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت) فى الاصل وهى المعقودة (لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) فى الغموس فيتعدى اليه وجوبها (ولنا انها كبيرة محضة) لما ثبت فى

مالا يجب تحقق البر فيها كما اذا حلف على معصية والكفارة عند فوات البر خلفا عنه وهى نوعان يمين بالله تعالى أو صفته ويمين بغيره تعالى فالاولى مشروعة بالكتاب قال الله تعالى وتالله لاكيدن أصنامكم والسنة قال صلى الله عليه وسلم والله لاغزون قريشا والاجماع فالصحابة رضى الله تعالى عنهم ومن بعدهم يحلفون وذكر فى المبسوط ان اليمين على نوعين نوع يعرفه أهل اللغة وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به ويسمون ذلك قسما الا انهم لا يخصون ذلك بالله وفى الشرع هذا النوع من اليمين أى تعظيم المقسم به لا يكون الا بالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لا يجوز هتك حرمة اسمه بحال والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند

على الغالب ألا ترى أنه اذا قال والله انه لزيد وهو يعلم انه ليس بزيد كان غموسا (فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف كاذبا أدخله الله النار) ولولا الاثم لما كان كذلك واسمه يدل على معناه لانه ما سمى غموسا الا لانه اتغمس صاحبها فى الاثم ثم فى النار وقال شمس الائمة السرخسى اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبى صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذى ذكرناه لم يتناوله (ولا كفارة فيها لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعى فيها الكفارة) لان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق) ذلك الذنب (بالاستشهاد بالله كاذبا) فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما فى المعقودة (ولنا انها) أى اليمين الغموس (كبيرة محضة)

(قوله لان اليمين بالله الخ) أقول خص اليمين بالله بالذكر لان الغموس واللغو لا يتصوران فى اليمين بغير الله كالطلاق والعتاق والكفارة ولا ينتقض هذا بقولهم هو يهودى أو نصرانى ان كان فعل كذا الشئ قد فعله فانه غموس كما سيجئ مع أنه ليس يمينا بالله لانه كناية عن

لقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس (٣٤٩) ولكل ما هو كبيرة محضة لا تناط بها العبادة فلما والكفارة عبادة تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما فى الغموس ملازم فيمتنع الالحاق

صحيح البخارى من حديث ابن عمر رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها) أى بما هو كبيرة (بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب) بان يحنث فى موضع وجوب البر على ما ذكرنا من التفصيل (فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ) غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما فى الغموس فامتنع الالحاق

الفقهاء لما فيهما من معنى اليمين وهو المنع أو الايجاب ولكن أهل اللغة لا يعرفون ذلك لانه ليس فيه معنى التعظيم قال رضى الله تعالى عنه الايمان على ثلاثة أوجه اليمين الغموس وفى بعض النسخ يمين الغموس على الاضافة فى المغرب هو خطأ لغة وسماعا وفيه سميت غموسا لانها تغمس صاحبها فى الاثم ثم فى النار فالغموس هى الحلف على أمر ماض وذكر المضى ليس على الشرط فانها تكون فى الحال أيضا نحو قوله والله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه وهى ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبى صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع ثم لا تنعقد هذه اليمين فيما هو حكمها فى الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار وعند الشافعى رحمه الله تنعقد موجبة للكفارة فمن أصله محل اليمين نفس الخبر وشرط انعقادها القصد الصحيح وعندنا محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق لانها تنعقد موجبة للبر ثم الكفارة خلف عنه عند فوات البر فالخبر الذى لا يتصور فيه الصدق لا يكون محلا لليمين والعقد لا ينعقد بدون محله وحجته قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم فالله تعالى أثبت المؤاخذة فى اليمين المكسوبة والغموس بهذه الصفة لانها مقصودة بالقلب ثم فسر هذه المؤاخذة بالكفارة فى قوله ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان معناه بما قصدتم فالعقد هو القصد ومنه سميت النية عقدة فاوجب الكفارة موصولة باليمين بقوله فكفارته لان الفاء للوصل وقال فى آخر الآية ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم والكفارة بنفس الحلف انما تجب فى الغموس والمراد بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم الامتناع من الحلف وحجتنا فيه قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية فقد بين الله تعالى جزاء اليمين الغموس بالوعيد فى الآخرة فلو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الاولى بيانها وقال عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر فيها اليمين الفاجرة والمعنى فيه انها غير معقودة لان عقد اليمين للحظر أو للايجاب وذلك لا يتحقق فى الماضى والخبر الذى ليس فيه توهم الصدق والعقد لا ينعقد بدون محله كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمال لخلوه عن موجب البيع وهو تمليك المال ولان الغموس محظور محض فلا يصلح سببا للكفارة كالزنا والردة * وهذا لان المشروعات تنقسم ثلاثة أقسام عبادة محضة وسببها مباح محض * وعقوبة محضة كالحدود وسببها محظور محض * وكفارات وهى تتردد بين العبادة والعقوبة فمن حيث انها لا تجب الاجزاء تشبه العقوبة ومن حيث انه يفتى بها ولا تتأدى الا بنية العبادة وتتأدى بما هو محض العبادة كالصوم يشبه العبادة فينبغى أن يكون سببها مترددا بين الحظر والاباحة وذلك المعقودة على أمر فى المستقبل باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى مباح وباعتبار هتك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببا للكفارة فاما الغموس فمحظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله محظور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى أولى فلا يصلح سببا للكفارة ثم الكفارة تجب خلفا عن البر الواجب باليمين ولهذا لا تجب فى المعقودة على أمر فى المستقبل الا بعد الحنث لان قبل الحنث ما هو الاصل قائم وهذا انما يتصور فى خبر فيه توهم الصدق انه ينعقد موجبا للاصل ثم الكفارة خلفا ومعنى قوله تعالى ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم وحنثتم كما فى قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر * والمراد بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم المؤاخذة بالوعيد فى الآخرة (قوله ولو كان فيها ذنب فهو متأخر) أى لو كان فى المعقودة ذنب وهو

أن أسباب العبادات لابد وأن تكون أمورا مباحة كما عرف فى الاصول (والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط الغموس بها بخلاف المعقودة لانها مباحة) فجاز أن تناط بها العبادة وفيه بحث من أوجه الاول لو كان ما ذكر تم صحيحا لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض اجمالى الثانى لما وجبت بالادنى وجبت بالاعلى بطريق الاولى الثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها مباح لها لقوله عليه الصلاة والسلام أتبع السيئة الحسنة تمحها وهاتان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذى هو العزم على الوطء وهو مباح وعن الثانى بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشئ رفع الاقوى به وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث وقوله (ولو كان فيها ذنب) جواب

(قوله فلا تناط الغموس بها الخ) أقول فيه قلب والمراد لا تناط بالغموس (قوله والعبادة حسنة واتباعها اياها مباح لها) أقول أنت خبير بان الاباحة لا تعارض عدم

وحاصل هـذا ابداء وصف فى الاصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزء المؤثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار ويجاب بان الموجب فيه العود لا نفس الظهار قال تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه امساكا بالمعروف وبالافطار فى رمضان ولو بخمر أو زنا وأجيب بأن الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتهى ويجب الحد باعتبار أنهما فى أنفسهما كبيرة ولخصه آخر بان ذلك حرام فى نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالاول والكفارة بالثانى ونقض أيضا بقتل المحرم صيدا عمدا وأجيب بان عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله فى غير الاحرام والحرم لم يحرم وانما حرم باحرامه وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الارشاد ومنع نفى كون المعصية سببا للكفارة وجعل المذكور من الاجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لان كلامهم هذا يقتضى تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما اذا كان حراما لعينه ومرجعه الى التحسين والتقبيح فى الفعل لذاته وهو منتف عند الاشعرية وهو قليل جدا كأنه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لان اليمين فى نفسه مباح أو عبادة اذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم وهذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف غموسا والا كانت كفرا وانما روّج به باطله فقبحها ليس الا بعدم مطابقة المحلوف عليه أو لقصده ذلك وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على ان كون حرمة السبب تمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينه أو لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جابرة أو ساترة فى ذنب أخف شرعيتها كذلك فى ذنب أعظم كان أوجه وللشافعى أيضا الغموس مكسوبة بالقلب والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم وبين سبحانه وتعالى المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته فبين ان المراد بها الكفارة والجواب ان المؤاخذة مطلقا فى الآخرة فهى المراد بالمؤاخذة فى المكسوبة والمراد بها فى المعقودة الكفارة كما ذكرنا قالوا الغموس داخلة فى المعقودة فتجب الكفارة بها بالنص من غير حاجة الى زيادة تكلف الجواب منع انها معقودة لانها ربط فى الشرع للاسم العظيم بمعنى على وجه حمله عليه فى المستقبل أو منعه منه فاذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل أو لتوكيد صدقه الظاهر فاذا طابق الخبر بر وانحلت ولا شك ان بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها ما يحلها وهو ما لو طرأ عليها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع فى النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها الا انها عقدت على أمر فى المستقبل فما يحلها هو انعدامه فى المستقبل لا فى الحال وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين حقيقة لان اليمين الشرعية تعقد للبر وهو غير ممكن فيها وما قطع بانتفاء فائدته شرعا يقطع بانتفائه شرعا وتسميتها يمينا مجاز بعلاقة الصورة كالفرس للصورة المنقوشة أو هو من الحقيقة اللغوية وعلى أحدهما يحمل قوله عليه الصلاة والسلام واليمين الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه واعلم ان المعقودة عند الشافعى ليست سوى المكسوبة بالقلب وكون الغموس قارنها الحنث لا ينفى الانعقاد عنده وكونها لا تسمى يمينا لانها لم تعقد للبر بعيد اذ لا شك فى تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لا تقبل التشكيك فليس الوجه الا ما قدمنا من أن شرعية الكفارة لرفع ذنب أصغر لا يستلزم شرعها لرفع أكبر واذا أدخلها فى مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم الى غموس وغيرها عسر النظر معه الا أن يكون لغة أو سمع وقد روى الامام أحمد فى مسنده باسناد جيد صرح بجودته ابن عبد الهادى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حديث مطول قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس بغير حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ويمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق انتهى وكل من قال لا كفارة فى الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة على مال كاذبا وغيرها وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية وتقدم ان المصبورة المقضى بها لانها مصبور عليها أى محبوس والصبر حبس النفس على المكروه ومنه قتله صبرا اذا لم يكن فى حال تصرفه

الحنث بها تلك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت اليمين فيرتفع اليمين اذا وجد وأما الذنب فى الغموس وهو هتك حرمة اسم الله تعالى فقارن فمنعها عن الانعقاد فكانت اليمين فى الغموس غير منعقدة فلما كان

عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا تكون مباحة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم وتقريره لو كان فى المنعقدة ذنب لهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدأ لم يدخل فى السببية ويرفعها عند الطريان بخلاف الغموس فان الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء (فيمتنع الالحاق) أى الحاق الغموس بالمنعقدة وفى هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة

الوجوب الذى هو مدعى الأصحاب والظاهر أن العبارة ماح اسم فاعل من محا ويدل عليه قوله لها (قوله ويرفعها عند الخ) أقول ضمير يرفعها راجع الى المنعقدة

(والمنعقدة ما يحلف على أمر فى المستقبل) وكلامه ظاهر وقوله (الا انه أنه علقه بالرجاء) اشارة الى ما قال فى المبسوط فان قيل فما معنى تعليق محمد نفى المؤاخذة فى هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة فى اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها وانما علق بالرجاء نفى المؤاخذة فى اللغو بالصورة التى ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر فى الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة بن أبى أوفى وعن ابن عباس فى احدى الروايتين وروى عن محمد أنه قال هو قول الرجل فى كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعى رضى الله عنه فان عنده اللغو ما يجرى على اللسان من غير قصد سواء كان فى الماضى أو فى المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضى الله عنهما وروت عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتأويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضى فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر فى الماضى خال عن فائدة اليمين لان فائدتها المنع أو الحمل وذلك لا يتحقق فى الماضى فكان لغوا وأما فى الخبر فى المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بان الهزل والجد فى اليمين سواء ولقائل أن يقول فى حصر الايمان على الثلاثة على التفسير المذكور فى الكتاب نظر لان قول الرجل والله انى لقائم الآن فى حال قيامه مثلا يمين وليس من الضروب المذكورة فى الكتاب على التفسير المذكور ويمكن ان يلتزم بانه ليس بيمين

(والمنعقدة ما يحلف على أمر فى المستقبل أن يفعله أو لا يفعله واذا حنث فى ذلك لزمته الكفارة) لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا (واليمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) ومن اللغو أن يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم

ودفعه مختارا من نفسه (قوله والمنعقدة ما يحلف على أمر فى المستقبل ان يفعله أو لا يفعله فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية) وما فى قوله ما يحلف مصدرية أى الحلف على أمر فى المستقبل وهذا يفيد أن الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد أمس لا تسمى منعقدة ويقتضى انها اما ليست بيمين وهو بعيد أو زيادة أقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفى كلام شمس الائمة ما يفيد أنها من قبيل اللغو فان أراد لغة فممنوع لانه ما لا فائدة له فيه وفى هذا اليمين فائدة تأكيد صدقه فى خبره عند السامع وان أراد دخولها فى اللغو المذكور فى الآية بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ولم يقل أحد بذلك فكان خارجا عن أقوال السلف والجواب ان الاقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا فى مطلق اليمين (قوله ويمين اللغو ان يحلف على أمر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه) مثل والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا ونحوه ويدخل فى ذلك الافعال كما ذكرنا والصفات ومن الثانى ما فى الخلاصة رجل حلفه السلطان أنه لم يعلم بأمر كذا فحلف ثم تذكر فعلم انه كان يعلم أرجو ان لا يحنث (فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها) وانما قيد محمد عدم المؤاخذة بالرجاء مع انه مقطوع به فى كتاب الله تعالى حين قال لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم للاختلاف فى معنى اللغو ففسره محمد بما ذكر وهو مروى عن ابن عباس وبه قال أحمد وقال الشافعى كل يمين صدرت عن غير قصد فى الماضى وفى المستقبل وهو مباين للتفسير المذكور لان الحلف على أمر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن أحمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل فى بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبى ومسروق لغو اليمين أن يحلف على معصية فيتركها لاغيا بيمينه وقال سعيد بن جبير أن يحرم على نفسه ما أحل الله له من قول أو عمل فلما اختلف فى معنى اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المؤاخذة به فى الآخرة وكذا فى الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتأدب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر وانا ان شاء الله بكم لاحقون وأما التفسير الرابع فغير مشهور وكونه لغوا هو

كذلك لم يلزم من وجوب الكفارة فى المنعقدة وجوبها فى الغموس ولانه قارنها ما يحلها ولو طرأ عليها رفعها فاذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع فى النكاح والمنعقدة أن يحلف على أمر فى المستقبل أن يفعله أو لا يفعله وهى فى وجوب الحفظ أربعة أنواع نوع منها ما يجب اتمام البر فيها وهو أن ينعقد على فعل طاعة

(قوله وذلك غير معلوم بالنص) أقول أشار بقوله ذلك الى قوله نفى المؤاخذة الخ (قوله قال فى تفسير اللغو لا والله الخ) أقول فى باب المعارضة والترجيح من التوضيح والتلويح كلام متعلق بالمقام (قوله لان فائدتها المنع الخ) أقول ولاحد أن يمنع ذلك بان الفائدة قد تكون تصديق السامع لخبر الحالف كما فى الايمان الصادقة على الامور الماضية فلا يكون القاصد اليمين بناء على اعتقاده لاغيا ثم لو صح ما ذكر لكان الغموس لغوا أيضا (قوله ولقائل أن يقول فى حصر الايمان على الثلاثة على التفسير المذكور فى الكتاب نظر الخ) أقول وفى أول كتاب الايمان من شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يصلح أن يكون جوابا عن هذا الاشكال فراجعه (قوله لما مر من تعريفها) أقول فمنه ان الغموس واللغو خارجان عن التعريف أيضا الا انه كلام على السند الاخص

ولكن يؤاخذكم الآية الا أنه علقه بالرجاء للاختلاف فى تفسيره قال (والقاصد فى اليمين والمكره والناسي سواء) حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين

اختيار سعيد (قوله والقاصد فى اليمين والمكره عليه والناسى) وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تلفظ به وفى بعض النسخ الخاطئ وهو من أراد أن يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة (لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين) هكذا ذكره المصنف وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وأخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه وقد ورد حديث العتاق فى مصنف عبد الرزاق من حديث أبى ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز وروى ابن عدى فى الكامل من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشئ منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح وأخرج عبد الرزاق عن على وعمر موقوفا أنهما قالا ثلاث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفى رواية عنهما أربع وزادوا النذر ولا شك ان اليمين فى معنى النذر فيقاس عليه * واعلم أنه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسى بالتفسير المذكور لم يقصد شيأ أصلا ولم يدر ما صنع وكذا المخطئ لم يقصد قط التلفظ به بل بشئ آخر فلا يكون الوارد فى الهازل واردا فى الناسى الذى لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت فى حقه نصا ولا قياسا واذا كان اللغو بتفسيرهم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فما لم يقصده أصلا بل هو كالنائم يجرى على لسانه طلاق أو عتاق لا حكم له أولى أن لا يكون لها حكم اليمين وأيضا فتفسير اللغو المذكور فى حديث عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو أنه كلام الرجل فى بيته كلا والله وبلى والله وان لم يكن هو نفس التفسير الذى فسروا به الناسى فان المتكلم كذلك فى بيته لا يقصد التكلم به بل يجرى على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه ولو لم يكن اياه كان أقرب اليه من الهازل فحمل الناسى على اللاغى بالتفسير المذكور أولى من حمله على الهازل وهذا الذى أدينه وتقدم لنا مثله فى الطلاق

امر بها أو امتناع من معصية وذلك فرض عليه قبل اليمين وباليمين يزداد وكادة ونوع منها لا يجوز حفظها وهو أن يحلف على ترك طاعة أو فعل معصية لقوله عليه السلام من حلف أن لا يطيع الله فليطعه ومن حلف أن يعصى الله فلا يعصه ونوع يتخير فيه بين الحنث والبر والحنث خير من البر فيندب فيه الحنث لقوله عليه السلام من حلف على اليمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذى هو خير وليكفر يمينه وأدنى موجبات الامر الندب ونوع يستوى فيه فعل البر والحنث فى الاباحة فيتخير بينهما وحفظ اليمين أولى لظاهر قوله تعالى واحفظوا أيمانكم وحفظ اليمين يكون بعد وجودها فعرفنا ان المراد به حفظ البر ومتى حنث فى هذه اليمين فعليه الكفارة (قوله الا انه علقه بالرجاء) جواب عما يقال نفى المؤاخذة باللغو منصوص عليه فى كتاب الله تعالى والمنصوص مقطوع به فما معنى تعليقه بالرجاء فاجاب بان صورة عين اللغو مختلف فيها بين العلماء وانما علق بالرجاء نفى المؤاخذة باللغو فى الصورة التى ذكرها وذلك غير معلوم بالنص قطعا فجاز تعليقها بالرجاء (قوله للاختلاف فى تفسيره) وما ذكر فى الكتاب من تفسير اللغو مروى عن زرارة بن أبى أوفى وعن ابن عباس رضى الله عنهما فى أحد الروايتين وروى عن محمد رحمة الله تعالى عليه أنه قال هو قول الرجل فى كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعى رحمة الله تعالى عليه فان عنده اللغو ما يجرى على اللسان من غير قصد فى الماضى كان أو فى المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه وروت عائشة رضى الله تعالى عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتأويله عندنا

على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها وانما هذا قسم وهو جملة انشائية أكدت بها جملة أخرى (والقاصد فى اليمين والمكره والناسى) وهو أن يذهل عن التلفظ باليمين ثم يتذكر أنه تلفظ باليمين ناسيا وفى بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسى وهو ان يريد أن يسبح مثلا فيجرى على لسانه اليمين (سواء حتى تجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين) فان قلت اليمين عقد يقوى بها عزم الحالف على الفعل أو الترك فهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسى فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان الحديث لانه مجمل واليمين مفسر

(قوله ذلك هو القياس وقد ترك بالنص) أقول وهو قوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد الحديث

وقوله (والشافعى يخالفنا فى ذلك) يعنى فى وجوب الكفارة على المكره والناسى (وسنبين فى الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرها فهو سواء) أى فهو ومن فعله مختارا سواء تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل

والشافعى رحمه الله يخالفنا فى ذلك وسنبين فى الاكراه ان شاء الله تعالى (ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) لان الفعل الحقيقى لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله تعالى أعلم بالصواب

فلا تكن غافلا (قوله والشافعى يخالفنا فى ذلك) فيقول لا تنعقد يمين المكره ولا الناسى ولا المخطئ للحديث المشهور رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه قال المصنف (وسنبين ذلك فى الاكراه ان شاء الله تعالى) واستدل ابن الجوزى فى التحقيق للشافعى وأحمد رضى الله عنهما فى عدم انعقاد يمين المكره بما رواه الدارقطنى عن واثلة بن الاسقع وأبى امامة قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال عنبسة ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم (قوله ومن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء) فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا ليمينه مختارا وعن كل من الشافعى وأحمد روايتان يحنث ولا يحنث وهو الاصح عند الشافعى للحديث المذكور وقدمر جوابه فى طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا (لان الفعل الحقيقى لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط) يعنى بالشرط السبب لوجوب الكفارة لان الحنث هو السبب عندنا وانما يناسب حقيقة مذهب الشافعى لان السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف والحاصل أن الوجوب يثبت عنده سببا كان أو شرطا وبالنسيان والاكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة (وكذا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه أو مجنون) تلزمه الكفارة فيخرجها عنه وليه أو هو اذا أفاق لما ذكرنا من تحقق الشرط أى السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة فى ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر وهو أن وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه أو مجنونا فاجاب بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة أو يدفع ضررا كما فى الاستبراء شرع وجوبه مع الملك المؤكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب فادير على نفس الشراء مع القبض سواء كان ذلك الوهم حاصلا أو لا كما فى شراء الامة الصغيرة التى لم تبلغ حد البلوغ وأما قولهم كما فى شراء الامة البكر ومن المرأة فليس بصحيح لان التوهم حاصل لجواز حبل البكر ومملوكة المرأة على أن كونه لرفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان ينعقد على أمر ثم يحلف عنه مجانا للعلم بذلك فى موضع يجب فيه الحنث أو يندب والله أعلم

فيما يكون خبرا عن الماضى فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر فى الماضى خال عن فائدة اليمين على ما قررنا فكان لغوا وأما الخبر فى المستقبل فعدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد فى الشرع بان الهزل والجد فى اليمين سواء والناسى فى اليمين أن يذهب عن التلفظ باليمين ثم يتذكر أنه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا بان يقول لغيره ألا تأتينا فيقول بلى والله غير قاصد لليمين وفى بعض النسخ ذكر الخاطئ مكان الناسى وهو أن يريد أن يسبح فجرى على لسانه اليمين (قوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب) هذا جواب سؤال وهو أن يقال الكفارة شرعت لاجل ستر الذنب ولا ذنب فى المجنون اذا أتى المحلوف عليه فينبغى أن لا تجب الكفارة عليه فقال الحكمة وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل أصلا بان اشترى جارية بكرا أو اشتراها من امرأة والله تعالى أعلم بالصواب

حقيقة وقد وجد (لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة) وهو وجود الفعل الحسى وقوله (ولو كانت الحكمة رفع الذنب) جواب عما يقال الحكمة فى ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف تجب عليهما الكفارة وتقريره الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل أصلا بان اشترى جارية بكرا أو اشتراها من امرأة ولقائل أن يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول أمرا خفيا فى الاصل فيدور عليه وان لم يتصور المدلول فى بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول فى هذه الصورة وهو الذنب عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول

(قوله ولقائل أن يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه الخ) أقول والعلامة صدر الشريعة منع صحة دوران وجوب الاستبراء مع دليل شغل الرحم أيضا والتفصيل فى كتاب الكراهية من شرح الوقاية فراجعه ان شئت

(باب ما يكون يمينا ومالا يكون يمينا)

قال (واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا

(باب ما يكون يمينا ومالا يكون يمينا)

(قوله واليمين بالله أو باسم آخر من أسمائه) تقييد لفظة آخر أن المراد بالله اللفظ فتامل والاسم الآخر كالرحمن والرحيم والقدير ومنه والذى لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمين ومالك يوم الدين والاول الذى ليس قبله شئ والآخر الذى ليس بعده شئ واذا قالوا فى قوله والطالب الغالب انه يمين لانه تعارف أهل بغداد الحلف به لزم اما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الاسماء من الكتاب والسنة فان الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب فى قوله تعالى والله غالب على أمره واما كونه بناء على القول المفصل فى الاسماء ويفيد قوله آخر أنه لابد من كونه اسما خاصا فلو قال واسم الله وهو عام يقتضى ان لا يكون يمينا والمنقول أنه لو قال باسم الله ليس بيمين وفى المنتقى رواية ابن رستم عن محمد انه يمين فليتامل عند الفتوى ولو قال وباسم الله يكون يمينا ذكر ذلك فى الخلاصة وقوله أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا قيد فى الصفة فقط فافاد أن الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه أو لم يتعارفوه وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح وهو قول مالك وأحمد والشافعى فى قول وقال بعض مشايخنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فان أراد به يمينا فهو يمين وان لم يرد به فليس يمينا ووجهه بعضهم بانه ان كان مستعملا لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين ارادة أحدهما الا بالنية وأما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذى لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم فقيده بكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل أو الذات وهو قول مشايخ ماوراء النهر ولهذا قال محمد فى قولهم وأمانة الله انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا أدرى لانه رآهم يحلفون به فحكم بانه يمين ووجهه أنه أراد معنى والله الامين فالمراد الامانة التى تضمنها لفظة الامين كعزة الله التى هى ضمن العزيز ونحو ذلك وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم التعارف ويزداد العلم بانه يراد به المعلوم فقول الشيخ أبى المعين فى تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الاصل بل هو على محاذاة قول القائلين فى الاسماء ان ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان أراد به الله تعالى كان يمينا والا لا فعل مثله فى الصفات المجردة عن الدلالة على الذات ان أريد

(باب ما يكون يمينا ومالا يكون يمينا)

(قوله واليمين بالله تعالى) أى بهذا الاسم أو باسم آخر من أسمائه كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته فالاسم هنا عبارة عن لفظ دل على الذات مع صفة كالرحمن والرحيم والعالم والصفة عبارة عن المصادر التى تحصل عن وصف الله تعالى باسماء أفاعيلها وجميع أسماء الله تعالى فى ذلك سواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارفوا هذا هو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح لان الحلف باسم الله تعالى ثبت بقوله عليه السلام فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر والحلف بسائر أسمائه حلف بالله وما ثبت بالنص أو بدلالته لا يراعى فيه العرف وقال بعض أصحابنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر فان أراد به يمينا فهو يمين وان لم يرد به يمينا لم يكن يمينا (قوله من صفاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) وقال العراقيون من مشايخنا الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلالة والكبرياء يمين والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب والرضا ليس

(والبمين بالله) أى بهذا الاسم (أو باسم آخر من أسمائه كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفات ذاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه) والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التى تحصل عن وصف الله تعالى باسماء فاعلها كالرحمة والعلم والعزة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما أن يجوز الوصف به وبضده أولا والثانى صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز أن يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين ومشايخنا العراقيون على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين ويلزمهم أن يكون وعلم الله يمينا واعتذروا بانه القياس ولكنه ترك لمجيئه بمعنى المعلوم ومشايخ ماوراء النهر على ان الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين وهو مختار المصنف رحمه الله يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا وقوله لان الحلف بها متعارف (قوله ومعنى اليمين وهو القوة الخ) ذكره استظهارا الا انه لما بنى الايمان على العرف كان وجوده مغنيا عن النظر الى غيره

قال

قال (الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا) لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا أى معلومك (ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا) وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها أثرها وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

صفته القائمة به فهو يمين والا لا يقال مقتضى هذا ان يجرى فى قدرة الله مثله ان أريد به الصفة كان يمينا أو المقدور على ان يراد بالمصدر المفعول أو المصدر ويكون على حذف مضاف أى أثر قدرته لا يكون يمينا وليس المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فيما لم يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف الى الحلف بلا تفصيل فى الارادة ولمشايخ العراق تفصيل آخر هو أن الحلف بصفات الذات يكون يمينا وبصفات الفعل لا يكون يمينا وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف باضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما يصح ان يوصف بها او باضدادها كالرحمة والرضا ووصفه سبحانه بالغضب والسخط وقالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات قيل يقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان أو بمكان أو بوجود ولا يخفى ان هذا اصطلاح محض لا ينبغى ان يبتنى الفقه باعتباره وظاهر قول هؤلاء أنه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا يحلف بها تعورف أولا وصفة الفعل لا يحلف بها اولو تعورف وعلى هذا فيلزم ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا على قول هؤلاء وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التى لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخر ما قدمنا أول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التى لا تحتمل أن تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التى تطلق على غيره تعالى كالحى والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف أو نية الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه قد يستعمل فى المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففى هذه يجرى التعليل بالتعارف وعدمه ووجه الله يمين الا ان أراد الجارحة (قوله الا قوله وعلم الله) استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هنالك بقوله التى يحلف بها عرفا فيقتضى أن علمه مما يحلف به عرفا فيتناوله الصدر فاخرجه من حكمه بعد دخوله فى لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل وأورد على تعليله الثانى القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور وأجيب بالمنع فان المقدور بالوجود خرج عن ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقيل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا أريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم عن أن

بيمين وقالوا صفة الذات ما لا يجوز أن يوصف بضده وصفة الفعل ما يجوز أن يوصف بضده فانه يقال يرضى بالايمان ولا يرضى بالكفر وقالوا ان ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كذكر الذات والحلف بالله مشروع دون غير الله قالوا وهذا الطريق غير مرضى عندنا لانهم يقصدون بهذا الطريق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الله تعالى غير الذات والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وكلها قديمة فلا يستقيم الفرق بين صفات الذات وصفات الفعل والاصح وهو اختيار مشايخ ماوراء النهر أن الايمان مبنية على العرف والعادة ولهذا قال محمد رحمه الله تعالى عليه وأمانة الله أنه يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا أدرى فكانه وجد العرب يحلفون بامانة الله تعالى عادة فجعلها يمينا وقيل فى معناه أنه تتعذر الاشارة الى شئ بعينه على الخصوص أنه امانة والحلف به متعارف فعلمنا أنهم يريدون به الصفة فكانه قال والله الامين وحكى الطحاوى عن أصحابنا أنه ليس بيمين لانه عبارة عن الطاعات (قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم) فان قيل يقال أنظر والى قدرة الله والمراد المقدور ثم قوله وقدرة الله يمين قلنا هذا متعارف أو على حذف المضاف

وقوله (الا قوله وعلم الله) استثناء منقطع من قوله أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان استثناؤه عن العرف منقطعا والكلام فى قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام فى قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل فى أنه مذكور للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكر معذرة عن وروده على أصلهم كما تقدم وقوله (ولان الرحمة قد يراد بها أثرها) منقوض بقدرة الله تعالى لانه يقال انظر الى قدرة الله تعالى والمراد أثره والاتكان بمعنى المقدور ولكون القدرة غير مرئية فتكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله تعالى متعارف وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد وأمانة الله يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا أدرى فكانه وجد العرب تحلف بامانة الله تعالى عادة فجعله يمينا كانه قال والله الامين

فى القرآن (وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا أفعل كذا) لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع الحرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله فى المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له أى آمنتم به وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله ليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله تعالى واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله تعالى وعنه رواية أخرى

ولاصالتها دخلت فى المظهر والمضمر نحو بك لأفعلن ثم الواو بدل منها للمناسبة معنوية وهى مافى الالصاق من الجمع الذى هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لانهما من حروف الزيادة وقد أبدلت كثيرا منها كما فى تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وماروى من قولهم ترب وترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا تحياتك *(فرع)* قال باسم الله لأفعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا أن نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله (قوله وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا أفعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب) يريد بالحذف الاضمار والفرق أن الاضمار يبقى أثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغى أن يكون فى حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر أثره وفى حالة الجر مضمرا لظهور أثره وهو الجر فى الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف ظاهر فى نقل الخلاف فى ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال النصب مذهب أهل البصرة والخفض مذهب أهل الكوفة ونظر فيه بانهما وجهان سائغان للعرب ليس أحد ينكر أحدهما ليتأتى الخلاف وحكى الرفع أيضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم أعرف المعارف فهو أولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمى أو قسمى الله لافعلن غير أن النصب أكثر فى الاستعمال وقوله فى النصب لانتزاع الخافض خلاف أهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا أن يراد عند انتزاع الخافض أى بالفعل عنده وأما الجر فلاشك أنه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ فى غير القسم كقوله

اذا قيل أى الناس شر قبيلة * أشارت كليب بالاكف الاصابع

أى الى كليب (قوله وكذلك اذا قيل لله لان الباء تبدل بها) أى باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به والقصة واحدة أورد عليه انها لا تبدل بها بمعنى ان توضع مكانها دالة على عين مدلولها وفى الآيتين المعنى مختلف فان قوله تعالى آمنتم له أى صدقتموه وانقدتم اليه طاعة وآمنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم فى كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتأتى معناهما فيه بخلافه فى القسم ولا تستعمل اللام الا فى قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس دخل آدم الجنة فلله ماغربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لا يصح فى اللغة الا أن يتعارف كذلك وقوله فى المختار احترازا عما عن أبى حنيفة انه اذا قال لله على ان لا أكلم فلانا انها ليست بيمين الا أن ينوى لأن الصيغة للنذر وتحتمل معنى اليمين ولم يذكر فى كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ فى المختار فى بعض النسخ لا كلها فكان الواقع اهم ماليس هو فيه هذا ولا فرق فى ثبوت اليمين بين أن يعرب المقسم به خطأ أو صوابا أو يسكنه خلافا لما فى المحيط فيما اذا أسكن من أنه لا يكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع أو الحمل معقود عليه أريد منعه أو فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية فى اللفظ (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف) وعنه أى عن أبى يوسف (رواية أخرى أنه يكون يمينا) يعنى اذا أطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد عد فى أسمائه الحسنى قال تعالى ولو اتبع الحق أهواءهم (وهو حقيته) أى كونه تعالى ثابت الذات موجودها فكأنه قال والله الحق (والحلف به متعارف) فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة

كذا فانا يهودى (قوله وعنه رواية أخرى) أى عن أبى يوسف رحمه الله رواية أخرى أنه يكون يمينا (قوله

يكون بحروف القسم ظاهرا أو مضمرا وبحث حروف القسم وكون الباء أصلا وغيرها بدلا وجواز اضمار الحروف والنصب بعد الاضمار على ما اختاره البصريون أو الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية فى الاصل والاصولى يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل الى حد الاشتغال بكتاب الهداية لابد وان يكون قد حلف ذلك ورآه والفرق بين الاضمار والحذف بقاء أثر المضمر دون المحذوف والمصنف ذكر الاضمار فى الرواية والحذف فى التعليل بطريق المساهلة كذا فى النهاية ويجوز أن يقال أطلق الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب وقوله (وكذا اذا قال لله فى المختار) احتراز عما روى عن أبى حنيفة انه لو قال لله على ان لا أكلم فلانا انها ليست بيمين الا أن ينوى لان الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين ولا أثر لتغيير الاعراب فى المقسم به نصبا وجرا فى منع صحة القسم لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب وقوله (قال أبو حنيفة) ظاهر

(ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبى والكعبة) لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر (وكذا اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف قال رضى الله تعالى عنه معناه أن يقول والنبى والقرآن أما لو قال أنا برىء منهما يكون يمينا لان التبرى منهما كفر قال (والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله) لان كل ذلك معهود فى الايمان ومذكور

يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب أن لا تصح ارادة المقدور بعد الوجود وهو غير صحيح أما وقوعا فقالوا أنظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا الا الموجود وأما تحقيقا فلان القدرة فى المقدور اذا كان مجازا لا يمتنع أن يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة فى المقدور بعد الوجود مجازا فى المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثانى لان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبرى العرف وعدمه فى اليمين فالتعليل ليس الا بنفى التعارف فيه وأما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب أن يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا معتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل به (قوله ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبى والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت) متفق عليه قال (وكذا اذا حلف بالقرآن) لانه غير متعارف قال (ومعناه أن يقول والنبى والقرآن) أما اذا حلف بذلك بان قال أنا برىء من النبى والقرآن كان يمينا لان التبرؤ منهما كفر فيكون فى كل منهما كفارة يمين كما سيأتى وكذا اذا قال هو برىء من الصلاة والصوم يكون يمينا عندنا وكذا هو برىء من الاسلام ان فعل كذا وبحرمة شهد الله أو لا اله الا الله ليس يمينا ولو رفع كتاب فقه أو حساب فيه البسملة فقال هو برىء مما فيه ان فعل ففعل تلزمه الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقرآن الآن متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلاثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسى منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى أن المنزل فى الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المنعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم أوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل لهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا وأما الحلف بكلام الله تعالى فيجب أن يدور مع العرف وأما الحلف بجان سرتو ومثله الحلف بحياة رأسك ورأس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفى تتمة الفتاوى قال على الرازى أخاف على من قال بحياتى وحياتك أنه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رضى الله عنه لان أحلف بالله كاذبا أحب الى من أن أحلف بغير الله صادقا (قوله والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور فى القرآن) قال تعالى فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد أرسلنا رسلا الآية ومثل للباء بقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هى الاصل لانها صلة الحلف والاصل أحلف أو أقسم بالله وهى للالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود

أى الى أثر قدرة الله (قوله ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا) فان قيل قد أقسم الله تعالى بغير ذاته وصفاته كقوله تعالى والضحى والليل اذا يغشى فكان ينبغى أن يكون القسم بغير الله مشروعا قلنا فى القسم تعظيم المقسم به وقد نهى العبد عن تعظيم غير الله بالقسم فيجب عليه الانتهاء وأما الله تعالى فله أن يثبت الحرمة لما شاء أى وقت شاء وليس للعبد ذلك وفى النهاية وما اعتاد الناس من الحلف بالفارسية بجان وسرتوان اعتقد أنه حالف واعتقد أن البر به واجب يكفر كذا فى محاسن الشرائع وذكر فى تتمة الفتاوى قال على الرازى رحمه الله أخاف على من قال بحياتى وحياتك وما أشبه ذلك أنه يكفر ولولا ان العامة يقولون ولا يعلمون لقلت انه شرك لانه لا يمين الا بالله وانما جعل الله اليمين بالله ليرعوى الرجل أى ليمتنع اذا ذكر الله فلا يحلف هو واذا حلف بغير الله تعالى فكأنه أشرك معه وقال ابن مسعود رضى الله عنه لان أحلف بالله كاذبا أحب الى من أن احلف بغير الله صادقا (قوله لان التبرى منهما كفر) وتعليق الكفر بالشرط يمين كما اذا قال ان فعلت

(ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل أن يقول والنبى والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر) روى مالك فى الموطا عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أدرك عمر وهو يسير فى ركب وهو يحلف بابيه فقال عليه الصلاة والسلام ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت قال المصنف رحمه الله (أما لو قال أنا برىء منه يكون يمينا لان التبرى منهما) أى من النبى والقرآن (كفر) ولقائل أن يقول سلمنا أن التبرى منهما وكذا من كل كتاب سماوى كفر لكن كونه كفرا ليس بيمين ولا يستلزمها ألا ترى انه لو قال بحياتك لافعلن كذا واعتقد أن البر به واجب كفر وليس بيمين والجواب سيجىء عند قوله ان فعل كذا فهو يهودى أو نصرانى قال (والحلف بحروف القسم) الحالف بالله انما

(قوله مثل أن يقول والنبى والقرآن الخ) أقول القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق وليس غيره تعالى فانه من صفاته الازلية ولذلك لم يجعله المصنف رحمه الله مع النبى والكعبة فى قرن بل ذكره مستقلا وعلله بعدم التعارف فليتأمل (قوله أن لا ترى) أقول فى التنوير بحث الا أنه من قبيل الكلام على السند

ف

أنه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حالفا بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد (ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف) لان هذه الالفاظ مستعملة فى الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا فى الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا

حتى قال أحد لا يقبل قوله يعنى فى عدم اليمين لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء فصار كقدرة الله تعالى (قوله ولهما انه) أى حق الله (يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه) وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كأنه حقيقة حيث لا يتبادر سواه اذ يغلم انه لا يخطر من ذكر وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدود من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام وبهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه تقدم ان ما كان من صفات الله يعبر به عن غيرها يعتبر فيه العرف وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة فى الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة الله بل ما هو من حقوقه فصار نفس وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة وأما الاستدلال على انه يراد به الطاعات بقول السائل للنبى عليه الصلاة والسلام ما حق الله تعالى على العباد فقال أن لا يشركوا به شيا الى آخره كما وقع لبعض الشارحين فليس بشئ لان صلته بلفظ على العباد يبين المراد بالحق انه غير وجوده وصفته والكلام فى لفظ حق غير مقرون بما يدل على أحد المعنيين بخصوصه فليس الوجه الا ما ذكرنا (قوله ولو قال والحق يكون يمينا) أى بالاجماع كذا ذكره غير واحد واعترضه شارح بان الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بلا اختلاف لكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا والا فلا انتهى وأنت علمت انه اذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وان اطلق على غيره وانما ذلك القول المقابل للمختار وأما على القول المفصل بين ان يريد به اليمين وان لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غير مهجور الا بدليل وبه يندفع قول أبى نصر ان نوى بالحق اليمين كان يمينا والا فلا ولا يلزم بطلان قول من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد اجماع علمائنا الثلاثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين فى انعقاد الاجماع ولو قال حقا بان قال حقا على ان أعطيك كذا ونحوه لا يكون يمينا لان الحق من أسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد وما نقل عن الشيخ اسماعيل الزاهد والحسن بن أبى مطيع انه يمين لانه لم يضفه الى الله تعالى فصار كالحق مردود بان المنكر ليس اسما لله تعالى ومن الاقوال الضعيفة ما قال البلخى ان قوله بحق الله يمين لان الناس يحلفون به وضعفه لما علمت انه مثل وحق الله بالاضافة وعلمت المغايرة فيه وانه ليس يمينا فكذا بحق الله (قوله ولو قال أقسم الخ) اذا حلف بلفظ

لان الحق من صفات الله تعالى) أى من أسمائه الدالة على صفة الحقية فتكون الاضافة للبيان كما تضاف الصفة الى الموصوف فى قولهم جرد قطيفة وخابية خبز فكأنه قال والله الحق (قوله ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى) أى الحق اذا أضيف الى الله تعالى يراد به الطاعات فقد قيل لرسول الله عليه الصلاة والسلام ما حق الله على عباده فقال أن لا يشركوا به شيا ويعبدوه ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة والحلف بالطاعات لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله بخلاف ما لو قال والحق لانه من أسماء الله تعالى (قوله ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر يراد به تحقيق الوعد) أى يكون لتاكيد مضمون الجملة ومعناه أفعل هذا لا محالة كما فى قولهم هذا عند الله حقا فلا يكون يمينا (قوله ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف) أى اذا ذكر المقسم عليه كما اذا قال أقسم لأفعلن كذا أو لا أفعل كذا لان الحالف بالله

وقوله (والمنكر يراد به تحقيق الوعد) يريد الفرق بين والحق وحقا بان المعرف اسم من أسماء الله تعالى قال الله تعالى ولو اتبع الحق أهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا وأما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكأنه قال أفعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين (ولو قال أقسم أو اقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله) ظاهر واعترض بان اليمين ما كان حاملا على فعل شئ أو تركه موجبا للبر وعند فواته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر ثم قوله أقسم لا يكون موجبا من البر شيأ بمجرده لانه لم تنعقد يمينه على فعل شئ أو تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما تكون استر الذنب الذى وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى وليس فى أقسم مجرد اهتك حرمة اسم الله تعالى فكيف يكون موجبا للكفارة ولان قوله أقسم صيغة فعل مضارع فكما تكون هى للحال كذلك تكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال لم تجب من حيث انها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك

لا سيما فى حق الكفارة فانها ملحقة بالحدود حتى انها اذا اجتمعت تداخلت كالحدود وأجيب بانه ألحق بقوله على يمين وهو يوجب الكفارة ذكره فى الذخيرة وغيرها ووجه ذلك أن كلمة على للايجاب واليمين لا يوصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن هنا أو خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا للكلام عن الالغاء وكذلك قوله أقسم اخبار عن القسم فى الحال يوما

نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

القسم فاما بلفظ الماضى أو المضارع وكل منهما اما موصول باسم الله تعالى أو بصفته أو لا فاذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله أو أقسمت أو شهدت بالله لافعلن وكذا عزمت بالله لا فعلن فهو يمين بلا خلاف واذا كان مضارعا مثل أقسم بالله أو أعزم بالله الخ فكذلك عندنا وعند الشافعى لا يكون يمينا الا بالنية لاحتمال أن يريد به المستقبل وعدا ووجه قولنا ان هذه الصيغة حقيقة فى الحال ومجاز فى الاستقبال على ما تقدم فى العتق للمصنف ولهذا لا ينصرف اليه الا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه الى حقيقته وأما الاستشهاد بان فى العرف كذلك كقولهم أشهد أن لا اله الا الله ففيه نظر لان ذلك بدلالة الحال للعلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد اشهد بذلك عند القاضى ليس فيه دليل على انه فى نفسه كذلك عرفا فجاز أن يقال هى للمستقبل ويستعمل للحال بقرينة حالية أو مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه وان ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيها مثل أحلف لافعلن أو أقسم أو أشهد أو أعزم أو حلفت فعندنا هو يمين نوى أو لم ينو وهو رواية عن أحمد وقال زفر ان نوى يكون يمينا والا لا وقال الشافعى ليس بيمين نوى أو لم ينو وهو رواية أخرى عن أحمد وقال مالك اذا نوى فى قوله اقسم بالله الخ يكون يمينا وان أطلق فلا وجه قولهم ان أقسم يحتمل أن يكون بالله أو بغيره فلا يكون يمينا وكذا يحتمل العدة والانشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وانما يشهد لقول القائل ان نوى كان يمينا والا فلا وجوابه ما ذكره المصنف من أنه حقيقة فى الحال فانصرف اليه ومن أن الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه أى الى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة أى لاحتمال استعماله فى المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المصنف وغيره هذا الخلاف صريحا فى المذهب ومنهم من صرح بانه اذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى أو لم ينو يعنى اذا نوى اليمين أو لم ينو شيأ أما اذا نوى غيره فلا شك انه لا يكون يمينا فيما بينه وبين الله تعالى الا أن يكون حالفا لمن يستحق اليمين عليه شرعا فان اليمين على نية المستحلف لا الحالف حينئذ وقد وقع فى هذه المسئلة خبط فى موضعين أشدهما فى الحكم وهو توهم صاحب النهاية ان مجرد قول القائل أقسم أو احلف موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث اذ أورد السؤال القائل اليمين ما كان حاملا على فعل شئ أو تركه موجبا للبر وعند فواته موجبا للكفارة على وجه الخلافة فقوله أقسم ههنا ليس موجبا شيأ من البر بمجرده لانه لم يعقد يمينا على فعل شئ أو تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة لستر ذنب هتك حرمة الاسم وليس فى أقسم مجرد اهتك فكيف يوجب الكفارة ثم أجاب بان قوله أقسم ألحق بقوله على يمين فان ذلك يوجب الكفارة ذكره فى الذخيرة وغيرها فقال لو قال على يمين أو يمين الله فهو يمين وفى المنتقى لو قال على يمين لا كفارة لها تجب الكفارة وان نفى الكفارة صريحا لان قوله على يمين لما كان موجبا الكفارة لا يفيد قوله لا كفارة لها ثم قال وانما كان كذلك لان كلمة على للايجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا عن موجب اليمين وموجبها البر ان أمكن والا فالكفارة ولم يمكن تحقيق البر ههنا لانه لم يعقد يمينه على شئ فكان اقرارا عن الموجب الآخر وهو الكفارة على وجه الخلافة وبالاقرار يجب الحد فكذا الكفارة وكذا فى قوله على نذر فيه كفارة يمين على ما يجئ بعد هذا فلما كان

هو المشروع فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة (قوله واليمين) بالكسر

ثم قسم لانه عبارة عن جملة انشائية يؤكد بها جملة أخرى كما تقدم ولم يوجد منه شئ فيجعل اقرارا عن موجب موجب اليمين بطريق الخلافة لذلك واذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور اهتك حرمة اسم الله ولا الى جعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الى انه قال على يمين أو أقسم ولم يزد على ذلك أما اذا قال أقسم لافعلن كذا أو على يمين ان أفعل كذا لا يصح اقرارا فيجوز أن يقال قد تقدم أن اليمين عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك وهو موجود والعادة قد جرت باليمين به قال الله تعالى اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين وقال تعالى وأقسموا بالله جهد أيمانهم وقال تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله وقال تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فكما جاز أن يكون حرف القسم مضمرا جاز أن يكون المقسم به أيضا كذلك وهو حجة على زفر فى عدم جوازه بدون ذكر اسم الله ثم اختلف فى النية اذا لم يذكر اسم الله تعالى فقيل لا يحتاج اليها وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله

(قوله قال الله تعالى اذ أقسموا الخ) أقول فى تمام الاستدلال بقوله تعالى اذ أقسموا وقوله تعالى يحلفون لكم بحث تأمل (قوله وقيل لا بد منها الخ) أقول وسيجئ فى الشارح فى أوائل كتاب البيع ما يدفع هذا القول

(ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداى يكون يمينا) لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال بالفارسية سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال (وكذا قوله لعمر الله وايم الله) لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه أيمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وأيم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف

كذلك فى قوله على يمين وعلى نذر كان فى قوله أقسم عند قران النية بالقسم كذا لان أصله الحال فى استعمال الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك ان قوله أقسم لما كان عبارة عن الاقرار بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور رهتك حرمة الاسم وقد شنع على هذا بان اليمين بذكر المقسم عليه وما ذكر فى الذخيرة من ان قوله على يمين موجب للكفارة معناه اذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين ولا شك فى ذلك وانما ترك ذلك للعلم به فان المقصود الذى يحتمل ان يخفى هو ان قوله على يمين هل يجرى مجرى قول القائل والله اولا فاما أن بمجرد ذكر ذلك يحتمل ان تجب الكفارة فلا خفاء فيه فيحتاج الى التنصيص عليه ألا يرى الى قول محمد فى الاصل وان حلف بالله أو باسم من أسمائه أو قال والله أو بالله أو على عهد الله أو ذمته أو هو يهودى أو نصرانى أو برىء من الاسلام أو قال أشهد أو أشهد بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أقسم أو أقسم بالله أو على نذر أو نذر الله أو أعزم أو عزم بالله أو على يمين أو يمين الله أو ما أفاد عين ذلك ثم قال فهذه كلها ايمان واذا حلف بشىء منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة وقد ذكر منها هو يهودى أو نصرانى وان يقول والله وبالله وتالله وحكم على كل منها انه يمين ولم يلزم من ذلك أن بمجرد قوله والله أو قوله هو يهودى تلزمه الكفارة بل صرح باشتراط الحنث فى كل منها للزوم الكفارة كما سمعت قوله واذا حلف بشىء منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة ولان من الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة لا يوجب الكفارة الا ان كان فى القضاء لانه يؤاخذ باقراره وليس الكلام فى أن يقول اقسمت عند القاضى بل لو أقر به كان سبيله أن يفتيه بقوله ان كنت صادقا فعليك الكفارة وانما الكلام فى الحنث فى اليمين وهو الانشاء والحق ان قوله على يمين اذا لم يزد عليه على وجه الانشاء لا الاخبار يوجب الكفارة بناء على أنه التزم الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما يأتى فى قوله على نذر اذا لم يزد عليه فانه مثله من صيغ النذر ولو لم يكن كذلك لغا بخلاف أحلف وأشهد ونحوهما ليست من صيغ النذر فلا يثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهاية وغيره على أن مجرد قوله أحلف أو أقسم يمين بقوله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله تعالى اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يخفى على أحد ان قوله أقسموا اخبار عن وجود قسم منهم وهو لا يستلزم ان ذلك القسم كان قولهم نقسم لنصرمنها فانهم لو قالوا والله لنصرمنها مصبحين لصح ان يقال فى الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله فى يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يلزم كون حلفهم كان بلفظ الحلف اصلا فضلا عن لفظ الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى وانما استدل على ذلك بحديث الذى رأى رؤيا فقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو بكر ائذن لى فلأعبرها فاذن له فعبرها ثم قال أصبت يا رسول الله فقال أصبت واخطأت فقال أقسمت يا رسول الله لتخبرنى قال لا تقسم هكذا رواه أحمد وهو فى الصحيحين بلفظ آخر (قوله ولو قال بالفارسية سوكندمى خورم بخداى يكون يمينا) لانه للحال لان معناه أحلف الآن بالله ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا لانه مستقبل ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم يعنى احلف بطلاق زوجتى لا يكون يمينا لعدم التعارف فى الطلاق كذلك (قوله وكذا قوله لعمر الله وأيم الله) يعنى يكون حالفا كما هو حالف فى أقسم بالله وأخواته لان عمر الله بقاؤه وفيه ضم العين وفتحها الا أنه لا يستعمل المضموم فى القسم ولا يلحق المفتوحة الواو فى الخط بخلاف عمر والعلم فانها ألحقت للفرق بينه و بين عمر والبقاء من صفة الذات على ما مر من قاعدته وهو ان يوصف به لا بضده فكانه قال و بقاء الله كقدرة الله وكبريائه واذا أدخل عليها اللام رفع على الابتداء

عطفا على العدة أى لانه يحتمل الاستقبال و يحتمل اليمين بغير الله تعالى (قوله وكذا قوله لعمر الله) العمر

قال (وكذا قوله لعمر الله) هذا معطوف على أصل المسئلة وهو قوله اقسم الخ والعمر بالفتح والضم البقاء الا أن الفتح غلب فى القسم لا يجوز فيه الضم قال فى المبسوط لعمر الله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقى (وايم الله) معناه أيمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة ايم صلة أى كلمة مستقلة كالواو والبحث فى قطع همزته ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية قوله (والحلف باللفظين) يريد به قوله لعمرك وايم الله (متعارف)

(وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) لان العهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد

وحذف الخبر أى لعمر الله قسمى وان لم تدخله اللام نصب نصب المصادر فتقول عمر الله ما فعلت و يكون على حذف حرف القسم كما فى الله لافعلن وأما قولهم عمرك الله ما فعلت فمعناه باقرارك له بالبقاء و ينبغى أن لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده وأما أيم الله فمعناه أيمن الله وهو جمع يمين على قول الاكثر فخفف بالحذف حتى صار أيم الله ثم خفف أيضا فقيل م الله لافعلن كذا فيكون مما واحدة و بهذا نفى سيبويه أن يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد ويقال من الله بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة أيمن بالقطع وانما وصلت فى الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرئ من الاسماء الساكنة الاوائل وانما كان كل منهما يمينا لان الحلف بهما متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون وقال صلى الله عليه وسلم فى حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض الناس فى امارته ان كنتم تطعنون فى امارته فقد كنتم تطعنون فى امارة أبيه من قبل وايم الله ان كان لخليقا للامارة الحديث فى البخارى (قوله وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) يعنى اذا أطلق عندنا وكذا عند مالك وأحمد وعند الشافعى لا يكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير النية وقوله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان لا يفيد ان العهد يمين لجواز كونهما شيئين الامر بالايفاء بالعهد والنهى عن نقض الايمان المؤكدة باى معنى فرض النقض فاستدلالهم به على انها يمين لا يتم وهذا لان ايجاب الوفاء بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بالخلاف ما عقد عليه الا لو ثبت فى مكان آخر فى الشرع انه كذلك قلنا ان أهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هى العهود المتقدم ذكرها أو ما هو فى ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع اياها يمينا وان لم يكن حلفا بصفة الله تعالى كما حكم بان أشهد يمينا وان لم يكن فيه ذلك وأيضا غلب الاستعمال لهما فى معنى اليمين فيصرفان اليه فلا يصرفهما عنه الا نية عدمه فالحالات ثلاثة اذا نوى اليمين أو لم ينو يمينا ولا غيره فهو يمين وان قصد غير اليمين فليس بيمين فيما بينه و بين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كان يقول وذمة الله أو وأمانة الله لافعلن واستدل على كونها يمينا بانه صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم أهل حصن أو مدينة فارادوكم على ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انها يمين ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذمى معاهدا والامانة على هذا الخلاف فعندنا ومالك وأحمد هو يمين وعند الشافعى بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين بها اذا ذكرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان فى سنن أبى داود من حديث بريدة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضى عدم كونه يمينا والوجه انه انما يقتضى منع الحلف به ولا يستلزم ذلك انه لا يقتضى الكفارة عند الحنث والله أعلم ولو قال على عهد الله وأمانته وميثاقه ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك وأحمد ولو حنث لزمته كفارة واحدة وحكى عن مالك يجب عليه بكل لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا

بالضم والفتح البقاء الا أن الفتح غلب فى القسم لا يجوز فيه الضم والبقاء من صفات الذات فكانه قال والله الباقى وهو معطوف على قوله ولو قال أقسم وأيم الله معناه أيمن الله وهو جمع يمين خففت الهمزة وحذفت النون للقسم وهذا مذهب نحوى الكوفة وقيل معناه والله وأيم صلة وهو قول البصريين وذهب سيبويه الى أنها كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الاول فاجتلبت الهمزة لتعذر النطق بالساكن كما اجتلبت فى ابن وأشباهه فعلى هذا لا تكون الهمزة مخففة للقسم وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين اذا الحالف بالله عاهد الله أن يفعل ذلك الشىء أو لا يفعله يدل عليه قوله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى المعاهد ذميا وكذا اذا قال على نذر أو نذر الله وفى النهاية اعلم أن ههنا أربع مسائل الاولى أن ينذر نذرا مطلقا بان يقول لله على نذر أو نذر الله

يحلف بهما فى العادة ولم يرد نهى من الشرع فيكون يمينا وقوله (وكذا قوله عهد الله وميثاقه) ظاهر ومن قال على نذر أو نذر الله ان لا أفعل كذا كان يمينا (لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة

قال المصنف (وكذا قوله لعمر والله وايم الله) أقول قال العلامة الطيبى فى شرح المشكاة فى كتاب الايمان والنذور نقلا عن المغرب اليمين يجمع على أيمن كرغيف يجمع على أرغف وأيم محذوف منه والهمزة للقطع وهو قول الكوفيين واليه ذهب الزجاج وعند سيبويه هى كلمة بنفسها وضعت للقسم ليست جمعا لشىء والهمزة فيها للوصل اهـ

(وكذا اذا قال على نذر أو نذر الله) لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين (وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا) لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشئ قد فعله

اذا كرر الواو كما لو قال والله والرحمن والرحيم الافي رواية الحسن عن أبي حنيفة وعند الشافعي اذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الجمع بين الالفاظ للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة (قوله وكذا اذا قال على نذر أو على نذر الله) يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال على نذر الله لافعلن أولا أفعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيأ من القرب كحج أو صوم فان كان نوى بقوله على نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيأ من حج أو عمرة فعليه مانوى وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولا شك ان قوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه أبو داود من حديث ابن عباس رضي الله عنهما يوجب فيه الكفارة مطلقا الا انه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانما ينصرف الحديث الى مالا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال على نذر أو نذر الله ولم يزد على ذلك فهذه لم نجعله يمينا لان اليمين انما يتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه أن تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا ذكر صيغة النذر بان يقول لله على كذا صلاة ركعتين مثلا أو صوم يوم مطلقا عن الشرط أو متعلقا به أو ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله على نذر صوم يومين معلقا أو منجزا فسيأتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر (قوله ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا) فاذا فعله لزمه كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك أنه صلى الله عليه وسلم حرم مارية على نفسه فانزل الله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ووجه الالحاق أنه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمة كفره فقد اعتقده أي الشرط واجب الامتناع فكانه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار على حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشئ قد فعله كأن قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم أنه قد فعله فهي يمين الغموس لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى تكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بامر كائن فكانه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان علم أنه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي الكفر حيث أقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد أنه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا يتراءى أعم من أن يعتقده يمينا أو كفرا والظاهر انه أخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه

فحسب فعليه كفارة يمين وهذا الالتزام لكفارة اليمين ابتداء بهذه العبارة قال عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة اليمين والثانية أن يقول لله تعالى على صوم يوم الجمعة أو قال على نذر صوم يوم الجمعة فعليه الوفاء به والثالثة اذا علق نذره بشرط كما ذكرنا فعليه الوفاء بما سمى والرابعة أن يقول على نذر أن لا أفعل كذا أو على نذر الله أن لا أفعل كذا فهذا ينعقد يمينا وموجبه موجب اليمين كذا ذكره الامام بدر الدين الكردري رحمة الله تعالى عليه (قوله وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يمينا) وعند الشافعي رحمه الله لا يكون يمينا لانه علق الفعل بما هو معصية فصار كما لو قال ان فعلت كذا فانا زان ونحوه ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه أنه قال من حلف بالتهود والتنصر فهو يمين ولانه لما جعل ذلك الفعل علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع لان الكفر واجب الامتناع فكذا ما هو علم له وقد أمكن

يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر أو مجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما تقول في تحريم الحلال) وهذا جواب من قال أنا بريء من الكعبة أو النبي صلى الله عليه وسلم فانه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد ان البراءة عن ذلك واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا هذا هو الموعود فيما تقدم وقد روي عن محمد أنه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان وان قال هو يهودي أو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة وقوله (ولو قال ذلك لشئ قد فعله) يعني لو حلف بهذا اللفظ على أمر ماض فان كان عنده أنه صادق فلا شئ عليه وان كان يعلم انه كاذب

(قوله وقد أمكن القول بوجوبه لغيره) أقول الامتناع عن البراءة عما ذكر واجب لعينه لا لغيره كما لا يخفى (قوله هذا هو الموعود الخ) أقول أراد به ما تقدم بصفحة ورقة وهو قوله والقائل أن يقول سلمنا أن التبري منهما الى قوله والجواب سيجيء اهـ

فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح أنه لا يكفر فيهما ان كان يعلم أنه يمين وان كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل (ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف) لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف (وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

الايمان أن يكون من أهل الجهل لا من أهل العلم والخير وهؤلاء لا يعرفون الا لزوم الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شاهد لمن أطلق القول بكفره (قوله ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله أو سخطه فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط) أي لا يلزم سببية الشرط له غاية الامر ان يكون نفس الدعاء معلقا بالشرط فكانه عند الشرط دعا على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو بل ذلك متعلق باستجابة دعائه (ولانه غير متعارف وكذا ان قال ان فعلت كذا فهو زان أو فاسق أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) لا يكون يمينا أما أولا فلان معنى اليمين ان يعلق ما يوجب امتناعه على الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا أو سارقا فانه لا يصير كذلك الا بفعل مستانف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل ليس لازم لوجود المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر أو اعتقاد والرضا يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة وأما ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل السقوط وهو المراد بقوله تحتمل النسخ والتبديل أما الخمر فظاهر وأما السرقة فعند الاضطرار الى أكل مال الغير وكذا اذا أكرهت المرأة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم لا تحتمل السقوط فلم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة الاسم وهذا فيه نظر لان كون الحرمة تحتمل الارتفاع أو لا تحتمله لا أثر له فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين مع أن ذلك المباح يحتمل تحريمه الارتفاع وان لم يرجع اليه لا يكون يمينا ولا معنى لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس بمتعارف أن يقال ان فعلت فانا زان فلا يكون يمينا *(فروع)* في تعدد اليمين ووحدتها وغير ذلك اذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ أو عدم اختلافه فهو يمين واحدة كان يقول والله الرحمن الرحيم أو يقول والله الله الا أن تعليل هذا بانه جعل الثاني نعتا للاول مؤول وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله أو هو بريء من الله ورسوله وان كان بواو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها وكذا بواوين مع الاتحاد نحو والله و والله فيتفرع أنه لو قال والله و والله والرحمن أنها ثلاثة أيمان أو هو بريء من الله و بريء من رسوله فيمينان حتى لو قال هو بريء من الله و بريء من رسوله والله و رسوله منه بريئان ان فعل كذا فهي أربعة أيمان فيلزمه لفعل ما سماه أربع كفارات هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو الكائنة

القول بوجوب الامتناع لغيره بجعله يمينا كما في تحريم الحلال أما التشبيه بتحريم الحلال فانه لما علق الكفر بالدخول مثلا فقد حرم الدخول من حيث جعله علما على الكفر لانه جعل الدخول شرطا للكفر وشرط الكفر حرام حقا لله خالصا لا يحل بحال فصار بمعنى تحريم اليمين كناية عنه كتحريم الحلال فكان قوله جعلته شرطا للكفر وقوله حرمته واحدا ولان اعلام الكفر حرام كشد الزنار ولبس قلنسوة المجوس وهذا قد جعله علما فصار حراما وما كان قصده الى جعله علما فان لم يجعل كتحريمه بلفظه وان كان لا يحرم ثم التحريم يمين فكذلك جعله علما على الكفر بخلاف قوله أنا زان ونحوه لان حرمة الكفر لا تحتمل السقوط والنسخ كحرمة هتك الاسم وحرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ فلم يكن نظير هتك حرمة الاسم فلم يكن يمينا وهذا اذا كان في المستقبل فاما اذا كان في الماضي بشئ قد فعله فهو الغموس ولا يكفر في المروي عن أبي يوسف رحمه الله

الحالف كذلك اذا كان في الماضي (وقيل) وهو قول محمد بن مقاتل (يكفر لانه) علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود (تنجيز) فكانه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه اذا كان عالما يعرف أنه يمين فلا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا أو عنده انه يكفر يكفر بالحلف فانه يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده أنه يكفر فقد رضي بالكفر وقوله (لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل) قال في النهاية أما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصودة بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالا له بوجه النكاح وملك اليمين فسمى احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا وأما الخمر والربا فيحتملان النسخ أما الخمر فظاهر أنها كانت حلالا ثم انتسخ وأما الربا فيحتمل النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقه ألا ترى انه يحل في دار الحرب وأقول في كلام المصنف لف ونشر على غير السنن وذلك لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر وأكل الربا وقوله تبديلا بالزنا والسرقة ويراد بالتبديل انقلاب المحل على ما ذكره وهذا افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية اعادة والحمل على الاولى أولى فاذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لان حرمته لا تحل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الاشياء (ولانه ليس بمتعارف) فلا يكون يمينا

بين الاسماء للقسم لا للعطف وبه أخذ مشايخ سمرقند وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية فلو قال بواوين كوالله والرحمن فكفارتان فى قولهم وروى ابن سماعة فى غير المختلفة عن محمد نحو والله والله مطلقا هذا قبل ذكر الجواب أما لو قال والله لا أفعل كذا ثم أعاده بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا أقربك ثم قال والله لا أقربك فقربها مرة لزمه كفارتان روى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وسواء كان فى مجلس أو مجالس وروى الحسن أنه ان نوى بالثانى الخبر عن الاول صدق ديانة وهى عبارة متساهل فيها وانما المراد أن يريد بالثانى تكرار الاول وتأكيده اختار هذا الامام أبو بكر محمد بن الفضل قال فان نوى به المبالغة أو لم ينو شيأ يلزمه كفارتان وقد مر فى الايلاء فى التجريد عن أبي حنيفة اذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس فيه سواء ولو قال عنيت بالثانى الاول لم يستقم فى اليمين بالله سبحانه وتعالى ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم وهذا يخالف ما روى الحسن وفى الخلاصة عن نسخة الامام السرخسى فى ايمان الاصل اذا حلف على أمر أن لا يفعله ثم حلف فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر أن لا يفعله أبدا ثم فعله ان نوى يمينا مبتدأة أو التشديد أو لم ينو فعليه كفارة يمين أما اذا نوى بالثانى الاول فعليه كفارة واحدة وقدمنا فى الايلاء لو قال والله لا أكلم فلانا يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان لانه انعقد على تلك الساعة ثلاثة أيمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين السنة فعليه اذا كلمه بعد ساعة ثلاث كفارات وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقى على ذلك اليوم يمينان وان كلمه بعد شهر فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شئ عليه وعرف فى الطلاق أنه لو قال ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت وقع عليها ثلاث تطليقات وما فى الاصل من أنه اذا قال هو يهودى هو نصرانى ان فعل كذا فهى يمين واحدة ولو قال هو يهودى ان فعل كذا هو نصرانى ان فعل كذا فيمينان يفيد أن فى مثله تعدد اليمين منوط بتكرر المحلوف عليه مع تكرر الالتزام بالكفر ولو قال أنا برئ من الكتب الاربعة فهى يمين واحدة وكذا لو قال هو برئ من التوراة والانجيل والزبور والفرقان فهى يمين واحدة ولو قال هو برئ من التوراة وبرئ من الانجيل وبرئ من الزبور وبرئ من الفرقان فهى أربعة أيمان ولو قال هو شريك اليهودى فهو كقوله يهودى ولو قال برئ من هذه الثلاثين يوما يعنى شهر رمضان ان أراد عن فرضيتها يكون يمينا أو عن أجرها أو لم ينو شيأ لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلاة التى صليتها وحنث لا يلزمه شئ بخلاف قوله من القرآن الذى تعلمت واختلف فى برئ من الشفاعة وفى مجموع النوازل الاصح انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار أمس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن أبي يوسف قال لآخر ان كلمت فلانا فعبدك حر فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلمه بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لآخر الله لتفعلن كذا أو والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم فان أراد المبتدئ الحلف وكذا المجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعى اعادة ما فى السؤال فكأنه قال نعم والله لأفعلن كذا وان نوى المبتدئ الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيأ فالحالف هو المجيب فى قوله الله وفى قوله والله بالواو فالحالف هو المبتدئ وان أراد المبتدئ الاستحلاف فاراد المجيب أن لا يكون عليه يمين وأن يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله فى جميع ذلك ولو قال لمديونه ان لم تقض دينى غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم وأراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فتطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع فى الفتاوى وفى مجموع النوازل قال لآخر والله لا أجئ الى ضيافتك فقال الآخر ولا تجئ الى ضيافتى فقال نعم يصير حالفا ثانيا

اعتبارا للماضى بالمستقبل وهذا لانه قصد به اليمين ولم يقصد به تحقيقه وقال محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بشئ كائن تنجيز فكأنه قال هو كافر والاصح انه ان كان الرجل عالما يعرف انه يمين لا يكفر به فى الماضى والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر يكفر به فى الماضى والمستقبل

(فصل فى الكفارة) قال (كفارة اليمين عتق رقبة يجزى فيها ما يجزى فى الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء أطعم عشرة مساكين كالاطعام فى كفارة الظهار) والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب

(فصل فى الكفارة) الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمى الليل كافرا قال

فى ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر بثوبه اشتمل به واضافتها الى اليمين فى قولنا كفارة اليمين اضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعى اضافة الى السبب فاليمين هو السبب وسيذكر المصنف المسئلة (قوله كفارة اليمين عتق رقبة) أى اعتاقها لا نفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لا يجوز (ويجزى فيها ما يجزى فى الظهار) وتقدم المجزئ فى الظهار من أنها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة ولا يجزئ فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزى العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين وفى الاصم اختلاف الرواية والاصح انه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذى لا يفيق وفيمن يفيق ويجن يجوز ولا المدبرة وأم الولد لانهما الاستحقاقهما الحرية نقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذى لم يؤد شيأ يجوز بخلاف الذى أدى بعض شئ لانه كالمعتوق بعوض (وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد) يعنى ان كساه ثوبين أو ثلاثة فهو أفضل (وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء أطعم عشرة مساكين) كالاطعام فى كفارة الظهار وهى نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير ذكره الكرخى باسناده الى عمر رضى الله عنه قال صاع من تمر أو شعير ونصفه من بر وباسناده الى على رضى الله عنه قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن رضى الله عنه قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة فى القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم أو فوقه سنا لم يجز عن اطعام مسكين ويجوز أن يغديهم ويعشيهم بخبز الا أنه ان كان برا لا يشترط الادام وان كان غيره فبادام ويجوز فى الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم (والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة) وللعبد الخيار فى تعيين أيها شاء ويتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة فى الاصول ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والاطعام العبد فلا يكون كفارة يمينه الا بالصوم ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ولو صام العبد فيعتق قبل أن يفرغ ولو بساعة فأصاب مالا وجب

لانه اذا قدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد رضى بالكفر والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل فى الكفارة) (قوله قال كفارة اليمين عتق رقبة) أى اعتاق رقبة (قوله وأدناه ما يجوز فيه الصلاة) وهو كالسراويل وهو مروى عن محمد رحمه الله وفى رواية أخرى عنه أنه قال ان أعطى الرجل يجوز وان أعطى المرأة لا يجوز لانه اذا أعطى الرجل سراويل فقد أعطاه ما يستر به عورته واذا أعطاه المرأة لم يعطها ما يستر به عورتها كذا فى الذخيرة لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام فانه لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لان الاكتساء به لا يحصل ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوى نصف صاع من حنطة وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل مسكين منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسى به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام باعتبار القيمة نوى أو لم ينو وروى عن أبي يوسف رحمه الله اذا لم ينو لا يجزيه عن الطعام وقال زفر رحمه الله لا يجزيه وان نوى لانه منصوص عليه فلا يصح بدلا كما لو أدى نصف صاع من تمر لا يجعل بدلا عن الحنطة لان البدل بمنزلة البيع وما يكون أصلا لا يكون تبعا فى ذلك الباب وقلنا التمر لا يصلح بدلا عن الحنطة لكونه أصلا ولكونهما شيأ واحدا من حيث المعنى لان المقصود منهما واحد وهو رد الجوع ويصلح بدلا من حيث

(فصل فى الكفارة) لما فرغ من بيان الموجب شرع فى بيان الموجب وهو الكفارة لكن هى موجب اليمين عند الانتقاض لا بل لان اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب أحد الاشياء على التخيير أو واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعى المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر فى التقرير فليطلب ثمة

(فصل) فى كفارة اليمين

أحد الاشياء الثلاثة قال (فان لم يقدر على أحد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات) وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ان أدناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف

عليه استئناف الكفارة بالمال (قوله فان لم يقدر على أحد الاشياء الثلاثة) من الاعتاق والكسوة والاطعام (كان عليه صوم ثلاثة أيام متتابعات وقال الشافعي يخير) بين التتابع والتفريق (لاطلاق النص) وهو قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام وهو قول مالك وفي قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب أحمد (ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي كالخبر المشهور) لشهرتها على ما قيل الى زمن أبي حنيفة رضي الله عنه والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فان قيل الشافعي كان أولى بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثتين وأنتم تحملونه في حادثة ثم انكم جريتم على موجب ذلك هنا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله أدوا عن كل حر وعبد وقوله أدوا عن كل حر وعبد من المسلمين أجيب عنا بانا انما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل أن يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد على المطلق وبقيد اطلاقه للتنافي بينهما فان الاول يقتضي أن لا يجوز الا بقيد التتابع ولا يجزي التفريق والثاني يقتضي جوازه مفرقا كجوازه متتابعا واذا وجب القيد الاول لزمه انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد في الاسباب ولا منافاة في الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا كلام محتاج الى تحقيق وتحقيقه أن الحمل لما لم يجب الا ضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما الا لو قلنا بمفهوم المخالفة فانه حينئذ يكون الحاصل من المطلق أن ملك العبد سبب لوجوب الاداء عنه مسلما كان أو كافرا والحاصل من المقيد أن ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم فاذا فرض تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم أن المراد ان المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنا لم نقل به فبقي مقتضى المطلق بلا معارض وهو أن المسلم وغيره سبب وأجابوا عما الزم الشافعي رحمه الله تعالى بان هذه الكفارة تجاذبها أصلان في التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على أنه عنده دم جبر يوجب التفريق فتركنا الحمل على كل منهما للتعارض وعمل باطلاق نص الكفارة (قوله ثم المذكور في الكسوة في الكتاب) أي المبسوط أو مختصر القدوري (في بيان أدنى الكسوة) المسقطة للواجب من أنه ما يجوز فيه الصلاة (مروي عن محمد رحمه الله) فيجزيه دفع السراويل وعنه تقييده بالرجل فان أعطى السراويل امرأة لا يجوز لانه لا يصح صلاتها فيه (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف ان أدناه ما يستر عامة بدنه ولا يجوز السراويل على هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانا عرفا) فعلى هذا لا بد أن يعطيه قميصا أو جبة أو رداء أو قباء أو ازارا سابلا بحيث يتوشح به عند أبي حنيفة وأبي يوسف والا فهو كالسراويل ولا تجزئ العمامة الا ان أمكن أن يتخذ منها ثوب مجزئ مما ذكرنا جاز وأما القلنسوة فلا تجزي بحال وان كان قد روي عن عمران ابن الحصين انه سئل عن ذلك فقال اذا قدم وفد على الامير وأعطاهم قلنسوة قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا وعن ابن عمر رضي الله عنه لا يجزي أقل من ثلاثة أثواب قميص ومئزر ورداء وعن أبي موسى الاشعري

انهما جنسان فكان المانع شيئين فترجح المانع وفي الكسوة مع الطعام يرجح الموجب للجواز لاختلاف الجنسين واختلافهما في المقصود اذ المطلوب من الكسوة في الكفارة رد العري والمطلوب من الطعام رد الجوع وقوله ما صار أصلا في باب لا يجعل تبعا فيه قلنا لم يجعل الكسوة بدلا عن الكسوة حتى يصير بدلا فيما صار أصلا وانما جعلناه بدلا عن الطعام (قوله فان لم يقدر على أحد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات)

وقوله وهو الصحيح احترازا عما روي في نوادر ابن سماعة انه يجوز وفي رواية أخرى ان أعطى السراويل المرأة لا يجوز وان أعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العري بقدر ما تجوز به الصلاة لان ستر العورة فرض لا تجوز الصلاة بدونه أما ما زاد عليه ففضل يعتبر للتجمل أو للتدثر فلا يؤاخذ عليه في الكسوة كما لا يؤاخذ عليه الادام في

ولكن

ولكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة (وان قدم الكفارة على الحنث

ثوبان قال الطحاوي هذا كله اذا دفع الى الرجل أما اذا دفع الى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لان صلاتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل أنه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وانما ظاهر الجواب ما يثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان وعليه بني عدم اجزاء السراويل لا صحة الصلاة وعدمها فانه لا دخل له في الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا سابلا وازارا وخمارا غطى رأسها وأذنيها دون عنقها لا شك في ثبوت اسم أنها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا تصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أو لا ثم اعتبار الفقر والغنى عندنا عند ارادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم اعسر عند التكفير أجزأه الصوم عندنا وبعكسه لا يجزيه وعند الشافعي على القلب قاسه على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء أما حد العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه (قوله لكن ما لا يجزيه الخ) يعني لو أعطى الفقير ثوبا لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة مثل السراويل على المختار أو نصف ثوب يجزئ وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير أجزأه عن اطعام فقير من الكفارة وكذا اذا أعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يفي كل واحد حصته منه للكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا أجزأه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب انه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام أن ينوي به عن الاطعام وعن أبي يوسف لا يجزيه الا أن ينوي به عن الاطعام وعند زفر لا يجزيه نوى أو لم ينو واعترض بقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرئ ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لا يقع عنه ولانه تعالى خير المكفر بين خصال ثلاث فاذا اختار أحدها صار كانه هو الواجب ابتداء وتنحى الآخران والجواب انه ان أراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله صلى الله عليه وسلم وانما لكل امرئ ما نوى دليله فلا ينصرف المؤدى طعاما أو كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان أراد انه لا بد أن ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فان الواجب التكفير باحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع أحدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصح اطعاما أو غيره مما هو أحد الثلاثة ولو توقف السقوط على أن ينوي بدفع أحدها انه عن الآخر اذا لم يكف لنفسه لزم أن ينوي كل خصلة في نفسها فيجب أن ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصلح للاسقاط بوجه وقد نوى الاسقاط فانصرف الى ما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختار الكسوة اذ دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا أعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة وأجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي فلا يدفع أحدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل احداهما عن الاخرى وانما نظير المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوبا صغيرا نفيسا تبلغ قيمته ثوب كرباس يجزي عن الكسوة ينبغي أن لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام (قوله وان قدم الكفارة على الحنث

وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق النص ولا يلزم أن المطلق يحمل على المقيد عنده وان وردا في حادثتين كما في رقبة كفارة القتل وسائر الكفارات لانه انما يصار اليه اذا كان المقيد نوعا واحدا أما اذا كان المقيد نوعين فلا للتعارض وههنا كذلك لان صوم كفارة الظهار والقتل مقيد بالتتابع وصوم المتعة مقيد بالتفريق ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنهما فصيام ثلاثة أيام متتابعات وانما يقرأ سماعا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فصارت قراءته كالرواية المشهورة عن النبي عليه السلام فصحت الزيادة والتقييد بها كما في صدقة

الطعام وقوله (لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه من الطعام باعتبار القيمة) يعني لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه عن الكسوة لان الاكتساء لا يحصل به ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام وهل يشترط النية أولا ذكر شيخ الاسلام في ظاهر الرواية انه يجزيه نوى أن يكون بدلا عن الطعام أو لم ينو وعن أبي يوسف اذا نوى أن يكون عن الطعام يجزيه عن الطعام وان لم ينو لم يجزه (وان قدم الكفارة على الحنث

لم يجزه) وقال الشافعى يجزيه بالمال لانه أداها بعد السبب وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض

لم يجزه وقال الشافعى يجزيه بالمال) دون الصوم (لانه أدى بعد السبب وهو اليمين) وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه أضيف اليه الكفارة فى النص بقوله تعالى ذلك كفارة أيمانكم وأهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكما شرعيا أو متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذى هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه حينئذ شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز فى الزكاة تقديمها على الحول بعد السبب الذى هو ملك النصاب وكما فى تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا أن لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفى الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعنى ان تقدم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا فى المالية كالزكاة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان أو مالا وهو ظاهر الاحاديث التى يستدل بها على التقديم كما سيذكر (ولنا ان الكفارة لستر الجناية) من الكفر وهو الستر قال القائل * فى ليلة كفر النجوم غمامها * وبه سمى الزارع كافرا لانه يستر البذر فى الارض (ولا جناية) قبل الحنث لانه لا منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا أقدم النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة على الأيمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون فرضا وانما أخرج المصنف رحمه الله تعالى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من اختلاف المحلوف عليه والحاصل أن السبب الحنث سواء كان به معصية أولا والمدار توفير ما يجب لاسم الله عليه وهذا يفيد أن السبب الحنث واليمين ليست بسبب لان أقل ما فى السبب أن يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع عن (١) عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لا عن اليمين للعلم بان نفس أكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح فانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الى الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة وثابتة فى الشرع كما فى كفارة الاحرام وصدقة الفطر على أنه لو سلم أن اليمين سبب فلا شك فى أن الحنث شرط الوجوب للقطع بان الكفارة لا تجب قبله والا وجبت بمجرد اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه فى الزكاة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه فى باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به فى قوله صلى الله عليه وسلم فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذى هو خير قلنا المعروف فى الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال قال لى رسول الله

الفطر وانما لم يحمل المطلق وهو قوله صلى الله عليه وسلم أدوا عن كل حر وعبد على المقيد وهو قوله عليه السلام أدوا عن كل حر وعبد من المسلمين لانهما وردا هنا فى الحكم وهو الصوم وهو لا يقبل وصفين متضادين فى وجوده فاذا ثبت تقييده بالتتابع بتلك القراءة لم يبق مطلقا ضرورة وثمة وردا فى السبب ولا منافاة بين السببين فالمقيد فى أحد الحديثين لا يمنع بقاء حكم الاطلاق فى الآخر وانما لم يجز صوم المتعة قبل أيام النحر لانه لم يشرع لا لان التفريق واجب وهذا بخلاف قضاء رمضان لان قراءة أبى لم تشتهر والزيادة بخبر الواحد لا تجوز ثم اعتبار الفقر والغنى عند ارادة التكفير عندنا وعند الشافعى رحمه الله عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم أعسر جاز الصوم وبعكسه لا عندنا وعند الشافعى رحمه الله على القلب وقاسها على الحد اذ المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق ولنا ان الصوم شرع خلفا عن التكفير بالمال كالتيمم خلف عن الوضوء ألا ترى انه قال هنا فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وقال ثمة فلم تجدوا ماء فتيمموا ثم المعتبر ثمة وقت الاداء لا وقت الوجوب كذا هنا وحد العبيد ليس ببدل عن حد الاحرار (قوله لانه أداها بعد السبب) وهذا لان سبب

لم يجزه وقال الشافعى يجزيه بالمال لانه أداها بعد السبب وهو اليمين) لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى أسبابها حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة (فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا) لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله بالحنث وقوله (واليمين ليست بسبب) جواب عن قوله لانه أداها بعد السبب وهو اليمين ووجهه أن السبب ما يكون مفضيا واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما اضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم (بخلاف الجرح لانه مفض) الى الموت

صلى

صلى الله عليه وسلم اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وائت الذى هو خير وفى مسلم من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذى هو خير وحديث البخارى وليس فى شئ من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة فى أبى داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير وهذه الروايات مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا فى البخارى وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى الغلط على الكثير ومن ذلك حديث عائشة فى المستدرك كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا حلف لا يحنث حتى أنزل الله كفارة اليمين فقال لا أحلف على يمين الى أن قال الا كفرت عن يمينى ثم أتيت الذى هو خير وهذا فى البخارى عن عائشة أن أبا بكر كان الى آخر ما فى المستدرك وفيه العطف بالواو وهو أولى بالاعتبار وقد شذت رواية ثم لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر فى علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعنى من سواه ممن هو أولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء لجملة المذكور وكما فى ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الامرين وهكذا قلنا فى قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق الآية وهذا لان الواو لما لم تقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تقديمه على الحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل ذا فعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما فى صحيح مسلم من حديث عدى بن حاتم عنه صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه ومنها حديث رواه الامام أحمد عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير ثم ليكفر عن يمينه ومنها ما أخرج النسائى أخبرنا أحمد بن منصور عن سفيان حدثنا أبو الزعراء عن عمه أبى الاحوص عن أبيه قال قلت يا رسول الله رأيت ابن عم لى آتيه أسأله فلا يعطينى ولا يصلنى ثم يحتاج الى فيأتينى ويسألنى وقد حلفت أن لا أعطيه ولا أصله فامرنى أن آتى الذى هو خير وأكفر عن يمينى ورواه ابن ماجه بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواية اذ قد ثبتت الروايات فى الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو ولو سلم فالواجب كما قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فتحمل ثم على الواو التى امتلأت كتب الحديث منها دون ثم وأما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف أصلا أعنى قوله من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا أن المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين فى قوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم

وجوب الكفارة اليمين لانها تضاف الى اليمين فيقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى أسبابها ولا يلزم تعجيل البدنى لان الواجب حاصل بالسبب على أصله ووجوب الاداء متراخ عنه الى الشرط والمالى يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب الاداء لان الواجب قبل الاداء مال معلوم والبدنى لا يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب أدائه لان الواجب فعل فلما تأخر وجوب الاداء لم يبق الوجوب لتأخره تفرد السبب ولنا ان الكفارة لستر الجناية وقبل الحنث لا جناية فلا تصح الكفارة لاستحالة الستر عن الجناية قبل الجناية وهذا لان عقد اليمين ليس بذنب اجماعا فانه أمر مشروع لانه فى عقد اليمين تعظيم اسم الله تعالى والمشروع لا يوصف بالذنب وانما الذنب فى هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث فاستحال التكفير قبل الحنث كالطهارة قبل الحدث واليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لان أدنى درجات السبب أن يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فانى تكون موجبة لما يجب بعد الحنث بخلاف الجرح لانه طريق مفض الى زهوق الروح واضافة الكفارة الى اليمين لانها تجب بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم والاحرام بهذا الطريق لا لأن يكونا سببين لوجوب الكفارة لكونهما مانعين عما تجب به الكفارة وهو ارتكاب المحظور فان قيل تعليلكم مردود لانه مخالف النص والخبر وهذا لانه تعالى قال ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان

وقوله (ثم لا يسترد من المسكين) قيل هو معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل الحنث لكن لا يسترد منه لانه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب ولم يحصل الاول لعدم الجناية فيحصل الثاني فتكون قد وقعت صدقة فلا رجوع فيها (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث نفسه و يكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه) معناه من حلف على مقسم عليه من فعل أو ترك لان اليمين مركبة من

(ثم لا يسترد من المسكين) لوقوعه صدقة قال (ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث نفسه و يكفر عن يمينه) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده

عليه وهو المراد (قوله لا يسترد من الفقير) يعني اذا دفع الى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له أن يستردها منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويبطله (قوله ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث) أي يجب عليه أن يحنث (نفسه و يكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه) وقد ذكرناه آنفا (ولان فيما قلناه) من تحنيث نفسه (تفويت البر الى جابر وهو الكفارة) وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البر (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو أن يبر في يمينه بفعل المعصية فانه حينئذ تتقرر المعصية دون جابر يجبرها واعلم أن المحلوف عليه أنواع فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو شيء غيره أولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فان الحنث أفضل لان الرفق أيمن وكذا اذا حلف ليضربن عبده وهو يستاهل ذلك أو ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان العفو أفضل وكذا تيسير المطالبة أو على شيء وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين أولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا أيمانكم على ما هو المختار في تأويلها انه البر فيها أمكن (قوله واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد اسلامه فلا حنث عليه) أي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم أسلم فحنث لا يلزمه شيء وعلى هذا الخلاف اذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة أو صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الاسلام ولا قبله و بقولنا في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي وأحمد يلزمه الكفارة بالمال لانه أهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس أهلا لها وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه احدى الخصال فكذا هذا لما تعذر عليه الصوم تعين ما سواه وأيضا هو أهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا و يمتنع عن اخلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوى و يدخل في المال لعتق فانه يقبل الفصل

فكفارته والفاء للوصل والتعقيب فتقتضي جواز التكفير بعد اليمين متصلا بها وقال كذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم رتبها على الحلف لا على الحنث وقال عليه السلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت بالذي هو خير وهذا نص في الباب قلنا الحنث مضمر في النص بدلالة ما قلنا كما في قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر والرواية المشهورة فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه فيجب حمل الاول على الثاني بطريق التقديم والتأخير لان ثم تجيء بمعنى الواو قال الله تعالى ثم كان من الذين آمنوا ثم الله شهيد وهذا لان موجب الامر الوجوب والتكفير يجب بعد الحنث لا قبله ولان قوله فليكفر أمر لمطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير الا بعد الحنث لان قبله يجوز بالمال عنده دون الصوم (قوله أو ليقتلن فلانا) يريد به اذا وقت القتل حتى يتصور الحنث من الحالف (قوله في ضده) أي

مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لافعلن أو لا أفعل فكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفي وجه الاستدلال به نظر لانه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله (ولان فيما قلنا) يعني أداء الكفارة بعد الحنث (تفويت البر الى جابر وهو الكفارة) لما أن الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جابرة (ولا جابر للمعصية في ضده) أي في ضد ما قلنا أي لا جابر لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي لان الحنث لما تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابرة لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا في النهاية وقال في بعض الشروح ولان فيما قلنا أي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك تفويت البر الى جابر والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر كلا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر أما اذا أتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه و يكفر عن يمينه واذا

(قوله فكان من باب ذكر الكل الخ) أقول أراد من الكل اليمين ومن البعض المقسم عليه قال المصنف (ينبغي أن يحنث نفسه و يكفر عن يمينه) أقول فانه أهون الشرين وارتكابه واجب اذا لم يكن بتمين أحدهما وفي أوائل كتاب الطلاق من الكافي كلام متعلق بالمقام فراجعه

(واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد اسلامه فلا حنث عليه) لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو أهل للكفارة لانها عبادة (ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين)

عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم ثبت في ذلك سمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال أوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود بخمسين يمينا ولنا قوله تعالى انهم لا أيمان لهم وأما قوله بعده نكثوا أيمانهم فيعني صور الايمان التي أظهروها والحاصل لزوم تاويل اما في لا أيمان لهم كما قال الشافعي ان المراد لا ايفاء لهم بها أو في نكثوا أيمانهم على قول أبي حنيفة ان المراد ما هو صورة الايمان دون حقيقتها الشرعية و ترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من كان أهلا لليمين يكون أهلا للكفارة وليس الكافر أهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان أو ما وقع من اخلاف ما عقد عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر أهلا لفعل عبادة وقولهم ايجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لان ذلك في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجابهما والكلام في ايجابهما كفارة وايجابهما كفارة لا يقبل الفصل عما ذكرنا اذ لو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع بصفة لا يثبت شرعا الا بتلك الصفة والا فهو شيء آخر وأما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود بخمسين يمينا فالمراد كما قلنا صور الايمان فان المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه فهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع التزامه بصورتها لهذه الفائدة وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا أن يريد تعظيما يقبل منه و يجازى عليه وأما قوله صلى الله عليه وسلم أوف بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كالالزام وهم يؤولونه انه أمره أن يفعل قربة مستأنفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعا الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس أهلا القربة من القرب فليس أهلا لالتزامها ألا ترى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم لا لاضعاف العذاب وقول الطحاوي انه ليس متقربا الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي أشرك به ففيه قصور عن محل النزاع (قوله ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه) كهذا الثوب على حرام أو هذا الطعام أو هذه الجارية أو الدابة (لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين) وليس ملكه شرطا للزوم حكم اليمين فانه جار في نحو كلام زيد على حرام ولو أريد بلفظ شيئا ما هو أعم من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام لطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفا حتى لو أكله حلالا أو حراما لزمته الكفارة والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلفا ألا يرى الى قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر على حرام ان المختار للفتوى انه ان أراد به التحريم يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كأنه حلف لا أشرب الخمر وان أراد الاخبار أو لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لانه أمكن تصحيحه اخبارا والمنقول فيه خلاف بين أبي يوسف وأبي حنيفة عند أحدهما يحنث مطلقا وعند الآخر لا يحنث من غير نظر الى نية ولو قال الخنزير على حرام فليس بيمين الا أن يقول ان

في ضد ما قلنا من الحنث وقوله عليه السلام من حلف على يمين أي على محلوف عليه وهو الفعل أو تركه واليمين مركبة من مقسم به وحرف القسم وهو والله ومن مقسم عليه وهو ليقتلن فلانا مثلا فذكر ههنا الكل وأراد البعض أو أراد باليمين محله وهو القتل وغيره فكان من قبيل اطلاق اسم الحال على المحل (قوله ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه بان قال حرمت على ثوبي هذا أو طعامي هذا لم يصر محرما عليه) أي بعينه (قوله وعليه ان استباحه) أي أقدم عليه بان لبس ذلك الثوب أو أكل ذلك الطعام كفارة يمين وقال الشافعي رحمه

وكلا الوجهين صحيح والثاني أنسب (واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد اسلامه فلا حنث) أي لا كفارة عليه) وقال مالك والشافعي يكفر بالمال لان اليمين تعقد للبر وهو من أهله لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات (ولنا أنه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما) اذ الكفر اهانة واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم (ولا هو أهل للكفارة لانها عبادة) بخلاف الاستحلاف في الدعاوى والخصومات فان المقصود منه ظهور الحق المدعى بالنكول أو الاقرار والكفر لا ينافي ذلك قال (ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه) مثل أن يقول حرمت على نفسي ثوبي هذا أو طعامي هذا لم يصر محرما لعينه وعليه ان استباحه كفارة يمين) أي ان فعل شيئا مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث و وجبت الكفارة

وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد أمكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه

أكلته وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه واعلم أن الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو حرمت عليكم أمهاتكم وحرمت الخمر والخنزير انه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل ولذا قال في الخلاصة لو قال هذا الثوب على حرام فلبسه حنث الا أن ينوي غيره وان قال ان أكلت هذا الطعام فهو على حرام فاكله لا يحنث وذكر في المنتقى لو قال كل طعام آكله في منزلك فهو على حرام ففي القياس لا يحنث اذا أكله هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف وفي الاستحسان يحنث والناس يريدون بهذا ان أكله حرام انتهى وعلى هذا فيجب في التي قبلها وهو قوله ان أكلت هذا فهو على حرام ان يحنث اذا أكله وكذا ما ذكر في الحيل ان أكلت طعاما عندك أبدا فهو حرام فاكله لم يحنث ينبغي أن يكون جواب القياس ولو قال لقوم كلامكم على حرام أيهم كلم حنث وفي مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان على حرام يحنث بكلام أحدهما وكذا كلام أهل بغداد وكذا أكل هذا الرغيف على حرام يحنث باكل لقمة بخلاف ما لو قال والله لا أكلمهم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف على حرام حنث باكل لقمة وفي فتاوى قاضيخان قال مشايخنا رحمهم الله الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف على حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض وان قالت لزوجها أنت على حرام أو حرمتك يكون يمينا فلو جامعها طائعة أو مكرهة تحنث بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فادخل لا يحنث ولو قال لدراهم في يده هذه الدراهم على حرام ان اشترى بها حنث وان تصدق بها أو وهبها لم يحنث بحكم العرف (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه) يعني الا في الجواري والنساء وبه قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا أن الشرع ورد به في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فبين سبحانه انه صلى الله عليه وسلم حرم شيئا مما هو حلال وانه فرض له تحلته فعبر عن ذلك بقوله تحلة أيمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما أحل الله له يمينا فيها الكفارة غير مفيد لان الكلام الآن في تخصيصه بمورده أو تعميمه أجيب بان العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما أحل الله لك وقد يدفع بان المراد به خصوص ما وقع تحريمه أي لم حرمت ما كان حلالا لك ولذا قال تبتغي مرضات أزواجك وابتغاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعض يسير بل الجواب انه كما ورد انها أنزلت في تحريم مارية ورد انها أنزلت في تحريم العسل في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها كان صلى الله عليه وسلم يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحفصة على أن أيتنا ان دخل عليها فلتقل اني أجد منك ريح مغافير فدخل على احداهما فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن أعود اليه فنزلت يا أيها النبي لم تحرم وهذا أولى بالاعتبار لان راويه صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وحينئذ لا مانع من كون نزولها في الامرين جميعا وقوله تعالى تبتغي مرضات أزواجك وان كان ظاهرا في انها في تحريم مارية لان مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فلا شك انه أيضا في ترك شربه عند الضرة فان قيل انه روي أنه قال والله لا أذوقه فلذلك سمي تحريما ولزمت التحلة أجيب بانه لم يذكر في الآية ولا في الحديث الصحيح فلا يجوز أن يحكم به ويقيد به حكم النص واعلم ان الذي في الحديث الصحيح هو قوله ولن أعود اليه ولا شك ان هذا ليس بيمين موجب

الله لا كفارة عليه الا في النساء والجواري لان تحريم الحلال قلب المشروع واليمين عقد مشروع فلا ينعقد بلفظ هو قلب المشروع كقلبه وهو تحليل الحرام ولان تحريم الحلال ليس الى العبد لان المحرم والمحلل هو الله تعالى فيلغو ولنا قوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ثم قيل

(وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع) وقلب المشروع (لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين) كعكسه وهو تحليل الحرام (ولنا أن اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة) فاما ان تثبت به حرمة لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكرتم أو لغيرها (باثبات موجب اليمين) وفيه اعمال اللفظ والمصير الى اعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه ان استباحه تنافيا لان الاستباحة انما تستعمل فيما اذا كان ثمة تحريم وقوله لم يصر محرما ينافيه وذلك لان قوله لم يصر محرما معناه محرما ومالعينه وقوله ان استباحه اشارة الى الحرمة بغيره وعورض بان اليمين اما أن يذكر مقسم به وهو عند ذكر اسم من أسماء الله أو صفة من صفاته كما تقدم أو بان يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا وأجيب بسقوطها بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم بعد قوله لم تحرم ما أحل الله لك في تحريم العسل أو تحريم مارية أطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والرأي لا يعارض النصوص السمعية

ثم اذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه (ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب الا أن ينوي غير ذلك) والقياس أن يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رحمه الله تعالى وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق عن

للكفارة عند أحد فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد ان الواقع منه كان يمينا وجب الحكم بانه كان منه صلى الله عليه وسلم مع ذلك القول قول آخر لم يروفي تلك الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا أذوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا أن لفظ حرم على نفسه ظاهر في ارادة قال حرمت كذا ونحوه بخلاف الحلف على تركه وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المصنف وهو أن لفظه ينبئ عن اثبات الحرمة وقد أمكن اعماله باثبات حرمته أي حرمة ذلك الشئ لغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر اذا لم يفعله والكفارة ان فعله صونا لكلامه عن الالغاء فضلا من الله عليه فعم المعنى المذكور النساء وغيرهن (قوله ثم اذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة) في قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف أن مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه والا لم يصح قوله استباحه وانما يحنث بالقليل والكثير (لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه) فيتناول جزء يلزمه الحنث وهذا بخلاف ما تقدم من قوله والله لا أكلمهم وهذا الرغيف على حرام على ما نقل قاضيخان عن المشايخ (قوله ولو قال كل حلال على حرام فهو على الطعام والشراب الا أن ينوي غير ذلك) فاذا أكل أو شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته (والقياس أن يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه) كفتح العينين وتحريك الجفنين (وهو قول زفر) بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ (وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم) والظاهر أنه لم يعقد للحنث ابتداء أي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة العموم (واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه) أي هذا اللفظ (يستعمل فيما يتناول عادة) وهو الطعام والشراب فظهر أن ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على أخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب أخص الخصوص بل يحمل على ما تعورف فيه اللفظ (ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم) في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف نحو اسقني اذا أريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية (واذا نواها كان ايلاء) لان الحلف (١) على قربانها ايلاء ولا ينصرف عن الطعام والشراب فايهما فعل حنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء مؤبد فان تركها أربعة أشهر بانت الى آخر أحكام الايلاء المؤبد (وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا) أي مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر (قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال) في الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه أخذ الفقيه أبو الليث قال المصنف وعليه الفتوى وقال البزدوي في مبسوطه هكذا قال مشايخ سمرقند ولم يتضح لي عرف الناس في

ان النبي عليه السلام حرم العسل نفسه وقيل حرم مارية والتمسك على الاول ظاهر وكذا على الثاني لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم المضاف الى الجواري لما ثبت يمينا بهذه الآيات فكذا التحريم المضاف الى سائر المباحات دلالة ولان حرمة الحلال بسبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل كالتنصيص على السبب مجازا وهذا لان لفظه يقتضي ثبوت الحرمة ولم يمكن اثبات الحرمة عينه لانه ليس اليه تحريم عينه لما ذكر فتثبت الحرمة لغيره كما هو موجب اليمين اذا حلف أن لا يدخل هذه الدار حرم الدخول من حيث انه

(ولو قال كل حل على حرام فهو على الطعام والشراب الا أن ينوي غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ) لان قوله هذا في قوة أن يقال والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العينين فيحنث (وهو قول زفر وجه الاستحسان ان اليمين تعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم) لامتناع ان لا يتنفس وان لا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار الى أخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فان العادة جارية باستعماله في المتناولات (و) اذا لم يكن العموم مرادا (لا يتناول المرأة الا بالنية واذا نواها كان ايلاء) لما بينا أن هذا الكلام يمين فيكون معناه والله لا أقربك وهو من صور الايلاء (وهذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ) كابي بكر الاسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر وبعض مشايخ سمرقند قالوا يقع به الطلاق

---

(١) قوله على قربانها لعله على ترك قربانها أو على عدم حرز كتبه مصححه

غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف واختلفوا في قوله هرجه بردست راست كيرم بروى حرام أنه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف (ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء)

هذا الان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذوا الحليلة ولو كان العرف مستفيضا في ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح أن يقيد الجواب في هذا ويقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا فأما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام على كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة وتعارفوا أيضا الحرام يلزمني ولا شك في أنهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا أفعل كذا أو لا فعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا أفعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهي طالق ويجب امضاؤه عليهم وفي التتمة لو قال حلال الله على حرام أو قال حلال خداي وله امرأة ينصرف اليها من غير نية وعليه الفتوى وان لم يكن له امرأة يجب عليه الكفارة قال المصنف وكذا ينبغي في حلال بروى حرام للعرف يعني يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى (واختلفوا في قوله هرجه بردست راست كيرم بروى حرام انه هل يشترط النية أولا والاظهر أنه يجعل طلاقا من غير نية للعرف) قال في الخلاصة لا يصدق أنه لم ينو ولو قال هرجه بدست راست كيرفته أم فهو بمنزلة قوله كيرم. لو قال هرجه بدست حب كيرم في مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال هرجه بدست راست كيرفتم لا يكون طلاقا لان العرف في قوله كيرم ولا عرف في قوله كيرفتم ولو قال هرجه بدست كيرم ولم يقل راست أوجب فهو كقوله هرجه بدست كيرم والحاصل أن المعتبر في انصراف هذه الالفاظ عربية أو فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال أردت غيره لا يصدقه القاضي وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق (قوله ومن نذر نذرا مطلقا) أو غير معلق بشرط كان يقول لله على صوم شهر أو حجة أو صدقة أو صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب (فعليه الوفاء بها) وهذه شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب وأما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب أن يكون معناه اذا كان حراما لعينه أو ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه في مختصر الاصول ومذهب أحمد رحمه الله فيه كفارة يمين عينا لحديث ورد فيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذي بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح وبين علته وكذا قال الترمذي وقوله فعليه الوفاء به أي من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به أو عين وهو خلافية زفر فلو نذر أن يتصدق بهذا الدرهم فتصدق بغيره عن نذره أو نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق في غد أو نذر أن يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره أجزأه في ذلك خلافا لزفر له أنه أتى بغير ما نذره ولنا أن لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات أخر لا دخل لها في صيرورته قربة وقد أتى بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين في المسجد الحرام فأداها في أقل شرفا منه أو فيما لا شرف له أجزأه خلافا لزفر وأفضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحي ثم البيت له انه نذر بزيادة

حنث وان كان الدخول مباحا في نفسه فاذا قال حلال الله على حرام لم يكن اثبات الحرمة لعينه فصار كناية عن قدر ما جعل اليمين من التحريم كيلا يلغو كلامه (قوله وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام للعرف) وفي فتاوى الشيخ الامام نجم الدين النسفي رحمة الله تعالى عليه حلال المسلمين على حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية بالعرف وكذا في قوله هرجه بدست راست كيرم بر من حرام ولو قال بدست جب كيرم لا يكون طلاقا لعدم العرف ولو قال بدست كيرم كان طلاقا كذا في التتمة (قوله ومن نذر نذرا مطلقا) أي منجزا غير معلق بان قال لله على

من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى) وقوله (وكذا ينبغي في) ظاهر ولم يذكر ما لو قال هرجه بدست جب كيرم بروى حرام فقد قيل لا يقع به الطلاق وان نوى ولو قال هرجه بدست كيرم كان طلاقا قيل يقع به الطلاق وان لم ينو وقيل لا يقع الا بالنية (قوله ومن نذر نذرا مطلقا مثل أن يقول لله على صوم سنة ولم يعلقه بشئ فعليه الوفاء به

لقوله

لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى (وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر) لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده (وعن أبي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله) ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين

قربة فيلزمه قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم أصل القربة بالتزامه الى لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقي لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال أبو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد فالجواب ان محمدا أهدره لذلك وأما أبو يوسف فانما صححه بوضوء لان التزام المشروط التزام الشرط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ونظيره اذا نذرهما بلا قراءة ألزمناه ركعتين بقراءة أو نذر أن يصلي ركعة واحدة ألزمناه ركعتين أو ثلاثا ألزمناه بأربع وقال زفر لا يصح النذر في الاوليين لان الصلاة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلاث يلزمه ركعتان لانه التزم ركعة بعد الثنتين فصار كما اذا التزمها مفردة على قوله ولنا معنى ما قدمناه وهو ان الالتزام بشئ التزام بما لا صحة له الا به ولا صحة للصلاة بلا قراءة ولا للركعة الواحدة الا بضم الثانية فكان ملتزما القراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلاة بلا وضوء حيث أبطله والتزامها بلا قراءة حيث أجازه والفرق ان الصلاة بلا طهارة ليست عبادة أصلا وبلا قراءة تكون عبادة كصلاة الامي وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا أن هذا المكان محلها بالاصالة فلم أر اخلاءه منها نصيحة لدين رب العالمين (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى) وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا أنه مستغنى عنه في لزوم المنذور بالكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المصنف في كتاب الصوم بان المنذور واجب للآية وتقدم الاعتراض بانها توجب الافتراض للقطعية والجواب بانها مؤولة اذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة ومن السنة كثير منها حديث في البخاري من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه روته عائشة رضي الله عنها والاجماع على وجوب الايفاء به وبه استدل من قال من المتأخرين بافتراض الايفاء بالنذر (فروع)* اذا نذر شهرا فاما بعينه كرجب وجب التتابع لكن لو أفطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو أفطر فيه يوما لا يلزمه الا قضاؤه كذا هذا وان بغير عينه كشهر ان شاء تابعه وان شاء فرقه وان شرط التتابع لزمه ولو التزم بالنذر أكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار قال الطحاوي اذا أضاف النذر الى سائر المعاصي كلله على أن أقتل فلانا كان يمينا ولزمه الكفارة بالحنث ولله على أن أطعم المساكين يقع على عشرة عند أبي حنيفة لنه على طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله على أن أعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه أن يعتقها فان لم يعتقها أثم ولا يجبره القاضي قال ان برئت من مرضي فعلي شاة أذبحها أو ذبحت شاة لا يلزمه شئ ولو قال أذبحها وأتصدق بلحمها لزمه قال لله على أن أذبح جزورا فأتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز (قوله وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث) الذي رويناه من البخاري وغيره فانه أمر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كانه قال عند الشرط لله على كذا وعن أبي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه أي عن لزوم عين المنذور اذا كان معلقا بالشرط أي انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد فاذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة ان شاء حج أو صام سنة وان شاء كفر فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة وصوم ثلاثة أيام والاول وهو لزوم الوفاء به عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن أبي حنيفة في النوادر وروى عن عبد العزيز بن خالد الترمذي قال خرجت حاجا

صوم شهر

(فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر ولا تنفعه كفارة اليمين (لاطلاق الحديث) فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقا أو معلقا بشرط (ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده) ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم تجزه الكفارة فكذا ههنا (وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه رجع عنه) أي عن تعيين الوفاء بنفس النذر الى القول بالتخيير بين كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك (وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة أو صوم شهر أو صدقة ما أملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا) حتى لو كان معسرا كان مخيرا بين أن يصوم ثلاثة أيام وان يصوم شهرا وهذا مروى عن أبي حنيفة في النوادر ووجهه ما روى في السنن مسندا الى عقبة بن عامر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين قالوا (هذا اذا كان شرطا لا يريد كونه) لان بين الحديثين كما ترى تعارضا فحملنا الحديث الاول على النذر المرسل وعلى معقد أراد الحالف كونه والثاني على معقد لا يريد كونه جمعا بين الآثار والمعنى الفقهي في ذلك أن في الشرط الذي لا يريد كونه كلامه يشتمل

على معنى النذر واليمين جميعا أما معنى النذر فظاهر وأما معنى اليمين فلانه قصد به المنع بإيجاد الشرط

(اليمين ويميل الى أي الجهتين شاء والتخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد اذا أذن له مولاه بالجمعة فانه مخير بين أداء الجمعة ركعتين وبين أداء الظهر أربعا والنذر واليمين معنيان مختلفان لان النذر قربة مقصودة

وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى أي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال (ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا أنه لابد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين والله تعالى أعلم بالصواب

فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيي أن أرجع فلما رجعت من الحج اذا أبو حنيفة قد توفي فاخبرني الوليد بن أبان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال الولوالجي مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال لكثرة البلوى في هذا الزمان وجه الظاهر النصوص من الآية الكريمة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مطلق الايفاء بعينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا يشكل لان المعلق منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في أن سبب الايجاب وهو الحنث منتف حال التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفاء واختار المصنف والمحققون ان المراد بالشرط الذي تجزئ فيه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة أن يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النذر وقال انه لا يأتي بخير الحديث وأما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي أو قدم غائبي أو مات عدوي فلله على صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا فعل عين المنذور لانه اذا أراد كونه كان مريدا كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء به فصار محمل ما يقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه ومحمل ما يقتضي اجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب أحمد فيه كهذا التفصيل الذي اختاره المصنف واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق وليس هذا الا لما قلنا وهذا التقرير أولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين فانها تعقد للمنع فاجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه فانه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما يكون للمنع يكون للعمل فلا يختص معناها بالا يراد كونه فالفرق على هذا تحكم (قوله ومن حلف على يمين) أي على محلوف عليه (فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شئ قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وكذلك قال موسى عليه الصلاة والسلام ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا لوعده وتقدم في الطلاق وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر

(قوله ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) لما روي عن العبادلة الثلاثة رضي الله تعالى عنهم أجمعين موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة وقوله في الكتاب فقد بر في يمينه أي لم ينعقد يمينه (قوله الا انه لا بد من الاتصال) لانه بعد الانفصال رجوع ولا يصح الرجوع في الايمان وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه يجوز الاستثناء المنفصل الى ستة أشهر لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت أي اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثن

واجب لعينه واليمين قربة مقصودة واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى (بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه) وهو المنع لان قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال المصنف (وهذا التفصيل) أي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريده (هو الصحيح) وفيه نظر لانه ان أراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريده على أن فيه ايماء الى القصور في الذهاب الى ظاهر الرواية (ومن حلف على يمين) أي على مقسم عليه من فعل أو ترك (وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه) رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وقوله عليه السلام (فقد بر في يمينه معناه لا يحنث أبدا) لعدم انعقاد اليمين (وقوله الا انه لا بد من الاتصال) استثناء من قوله فلا حنث عليه (لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين) فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المنفصل والمتصل قلت الدلائل الدالة من النصوص وغيرها على لزوم

*(باب

(قوله وان أراد حصرها فيه الخ) أقول فيه انه يجوز أن يراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض من حيث المعنى الفقهي

العقود هي التي توجب الاتصال فان جواز الاستثناء منفصلا يفضي الى اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما من أن تكون ملزمة وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الادلة فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الادلة وقد روي عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلا وفيه ما ذكرناه والله أعلم

لما كان انعقاد اليمين على فعل شئ أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الافعال الواردة في اليمين فذكرها في أبواب وقدم الدخول والسكنى على غيرهما من الاكل والشرب ونحوهما لان أول ما يحتاج اليه الانسان الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الافعال من الاكل والشرب وغيره واليه وقعت الاشارة في قوله تعالى يا أيها الناس اعبدوا ربكم الذي خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذي جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء الآية والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار مبيتا لاهله (قوله ومن حلف لا يدخل بيتا) ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود (قوله لان البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما أعدت لها) اعترض عليه بان الله سمى الكعبة بيتا قال الله تعالى ان أول بيت وضع للناس الآية وسمى المساجد بيوتا بقوله تعالى في بيوت أذن الله الآية وأجيب بان الايمان مبناها

(باب اليمين في الدخول والسكنى)

(ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث) لان البيت ما أعد للبيتوتة

لان الاشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم وللجمهور قوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى أعني اذا قال والله لا أخرج اليوم ان شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فاذا خرج لا يحنث فان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا أخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتهض على مالك رحمه الله في اليمين بالله تعالى أما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر فانه اذا قال أنت طالق ان شاء الله فالظاهر ان المعلق بالمشيئة هو أنت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله قوله وقوله أنت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى أنت طالق ان شاء الله وقوع طلاقك لخلاف اللفظ ثم لا يجدي لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بانت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشيئة ان كان لفظ أنت طالق فقد شاء حيث وجد فيوجد حكمه أو نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفظه وما في الطلاق تقدم تضعيفه وهذا ما وعدناه في الطلاق ثم شرط عمل الاستثناء في الابطال الاتصال فلو انقطع بتنفس أو سعال ونحوه لا يضر

(باب اليمين في الدخول والسكنى)

أراد بيان الافعال التي يحلف عليها فعلا فعلا فبدأ بفعل السكنى لان أول الافعال التي يحتاج اليها الانسان أن يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان ألزم للجسم من أكله ولبسه (قوله ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد أو الكنيسة) وهي متعبد اليهود أو البيعة وهي متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل أن الايمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي رحمه الله ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك رحمه الله ولا على النية مطلقا كما عن أحمد رحمه الله لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفي أعني الالفاظ التي

مفصولا وروي أن محمد بن اسحق صاحب المغازي كان عند المنصور وكان عنده يقرأ المغازي وأبو حنيفة رحمه الله كان حاضرا فاراد أن يغري الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جدك في الاستثناء المنفصل فقال أبلغ من قدرك أن تخالف جدي فقال ان هذا يريد أن يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فتبارك الله لك في عهودك اذن فان الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون فلا يحنثون فقال نعم ما قلت وغضب على محمد بن اسحق وأخرجه من عنده وفي تصحيح الاستثناء المنفصل اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة عن أن تكون ملزمة ولا يحتاج حينئذ الى المحلل لان المطلق يستثني اذا ندم وقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت معناه اذا لم تذكر ان شاء الله في أول كلامك فاذكره في آخر كلامك موصولا بكلامك والله تعالى أعلم بالصواب

(باب اليمين في الدخول والسكنى)

الاصل أن الالفاظ المستعملة في الايمان مبنية على العرف عندنا وعند الشافعي رحمه الله على الحقيقة لان الحقيقة حقيق بان تراد وعند مالك رحمه الله على معاني كلام القرآن لانه على أصح اللغات وأفصحها ولنا أن غرض الحالف ما هو المتعارف فينعقد بغرضه ألا ترى أن من حلف لا يستضئ بالسراج أو لا يجلس على البساط

(باب اليمين في الدخول والسكنى) (قوله لما كان انعقاد اليمين على فعل شئ أو تركه لم يكن بد من ذكر أنواع الافعال الخ) أقول ويعلم منه الترولـ (قوله مبيتا لاهله) أقول احتراز عن السكون في السوق على سبيل الاستقرار فانه لا يعد سكنى الآن ما ذكره لا يشمل سكنى غير المتأهل فليتأمل

وهذه البقاع ما بنيت لها (وكذا اذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة (وان دخل صفة حنث) لانها تبنى للبيتوتة فيها فى بعض الاوقات فصار كالشتوى والصيفى وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجرى على اطلاقه وهو الصحيح

يراد بها معانيها التى وضعت لها فى العرف كان العرف بحل كونه بين أهل اللغة انما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف ألفاظ المتكلم الى ما عهد انه المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم فى الفرع الذى ذكره صاحب الذخيرة والمرغينانى وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بانه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى أن هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية الا ما من الالفاظ ليس له وضع لغوى بل أحدثه أهل العرف وان ماله وضع لغوى ووضع عرفى يعتبر معناه اللغوى وان تكلم به متكلم من أهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصير المعتبر الا اللغة الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذى به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من أهل اللغة أو غيرها ان كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركا بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على انها العرف فاما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان نواه فى عموم بيتا حنث وان لم يخطر له وجب أن لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا له وان كان له نية شئ واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره اذا عرفنا هذا فالكعبة وان أطلق عليها بيت فى قوله تعالى ان أول بيت وضع للناس للذى ببكة وكذا المسجد فى قوله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ولكن اذا أطلق البيت فى العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز اذا كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة للضيوف فى بعض القرى وفى المدن يبيت فيه بعض الاتباع فى بعض الاوقات فيحنث والحاصل أن كل موضع اذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة يصلح للمبيت مسقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هى صفات الكوفة أو ثلاثة على ما صححه المصنف بعد أن يكون مسقفا كما هى صفاف ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر أن مفتحه واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان ساباطا وهو ما على ظاهر الباب فى الشارع من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الاخرى على جدار الجار المقابل له وسيأتى أن السقف ليس شرطا

فاستضاء بالشمس أو جلس على الارض لا يحنث وان سمى فى القرآن الشمس سراجا والارض بساطا (قوله والظلة تكون على السكة) وفى المغرب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التى فوق الباب وعن صاحب الحصر هى التى أحد طرفى جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجدار المقابل وذكر فى الذخيرة ولو دخل ظلة باب ذكر فى الكتاب انه لا يحنث واراد بالظلة الساباط الذى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء لانه لا يطلق عليه اسم البيت لانه لا يبات فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا أن مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته (قوله وهكذا كانت صفافهم) وقيل الجواب يجرى على اطلاقه هو الصحيح وفى المبسوط من أصحابنا من يقول هذا الجواب أى الجواب بالحنث بناء على عرف أهل الكوفة لان الصفة عندهم اسم البيت يسكنونها صيفا ومثلها فى ديارنا تسمى كاشانه وأما الصفة فى عرف ديارنا غير البيت ولا يطلق عليه اسم البيت بل ينفى عنه فيقال هذه صفة وليس ببيت ولا يحنث والاصح عندى أن مراده حقيقة ما يسميه الصفة ووجهه أن البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبنى للبيتوتة فيه وهذا موجود فى الصفة الا أن مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكناها الا أن يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذ يصدق فيما بينه وبين الله

واستشكل بما قاله فى الفوائد الظهيرية اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث وسيجيء الجواب ان شاء الله (وكذا اذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار) قال فى المغرب ظلة الباب هى السدة التى فوق الباب وقول المصنف (والظلة تكون على السكة) أراد بها الساباط الذى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وانما لم يحنث لانه لا ينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا أن مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته (قوله وقيل اذا كان الدهليز ظاهر (قوله وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها فى بعض الاوقات فصار كالشتوى والصيفى) الذى يبنى للبيتوتة فيه شتاء أو صيفا وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة وهكذا كانت صفافهم) أى صفاف أهل الكوفة ذكر عن أبى حازم القاضى ان هذه أشكلت على حتى دخلت الكوفة فرأيت صفافهم مبوبة فعلمت أن الايمان وضعها على تعارفهم (وقيل الجواب يجرى على اطلاقه) يعنى سواء كانت ذات حوائط أربعة أو ثلاثة (وهو الصحيح) دون الحل

(قوله وسيجيء الجواب الخ) أقول فى باب اليمين فى الاكل والشرب

(ومن

على عرفهم لان البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد بنى للبيتوتة وهذا المعنى موجود فى الصفة الا أن مدخلها أوسع فيتناولها اسم البيت فيحنث (ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك) فانما قال لبيد عفت الديار محلها فمقامها * بمنى تأبد غولها فرجامها عفا يعفو متعد ولازم وهنا لازم وتأبد المنزل أى اقفر فألفته الوحوش والغول والرجام موضعان يقول عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول وما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى وقد توحشت الديار الغولية والرجامية وقال قائلهم الدار دار وان زالت حوائطها * والبيت ليس ببيت بعد تهديم وهذا ظاهر وقوله (والبناء وصف فيها غير أن الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر) لما ذكر فى الاصول أن المحلوف عليه لا بد وان يكون معلوما فاذا كان مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الى معرف بخلاف المنكر فانه لا معرف له سوى الوصف فيكون معتبرا واعترض بوجهين أحدهما ان الصفة لو كانت معتبرة فى المنكر لما وقع المشتراة للموكل اذا وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة لانها غير موصوفة وهذا نقض اجمالى والثانى ان البناء لا يخلو اما أن يكون داخلا فى المسمى أو لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة والحضور فى الدخول كالعرصة فان لم يكن داخلا وجب ان لا يختلف الحال أيضا فى عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد يمينه برجل قاعد عالم الى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة وأجيب عن الاول بان الدار فى الوكالة تعرفت بوجه لان التوكيل بشرائها انما يصح عند بيان الثمن والمحلة وليست فى اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة

(ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث) لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير أن الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر

فى مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا (قوله ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لان اسم الدار للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة فى العجم والعرب وقد شهدت أشعار العرب بذلك) قال نابغة ذبيان واسمه زياد

تعالى لانه خص العام بنيته (قوله لان الدار اسم للعرصة) أى بعد البناء بقى البناء أو لم يبق فاما العرصة قبل البناء لا تسمى دارا ألا ترى ان المفاوز والمزارع لا تسمى دارا (قوله وقد شهدت أشعار العرب بذلك)

قال لبيد: عفت الديار محلها فمقامها * بمنى تأبد غولها فرجامها

وقال النابغة: يا دارمية بالعلياء والسند * أقوت وطال عليها سالف الابد

(قوله غير أن الوصف فى الحاضر لغو) لان الاشارة أبلغ فى التعريف فاغنت عن الوصف الذى وضع للتوضيح

من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات باسرها تمتنع ارادتها عادة وليس البعض أولى من البعض فى الارادة فتمتنع الارادة أصلا كذا فى النهاية محالا على الفوائد الظهيرية وورد بان البناء ضده الخراب وكان

(قوله واعترض بوجهين أحدهما ان الصفة لو كانت معتبرة الخ) أقول أنت خبير بانه بعد تخصيص الكلام بالمحلوف عليه لا يرد الاعتراض الاول ثم أقول قال فى الكافى فان قيل ما ذكرت ان الصفة فى المعين غير معتبرة لا يصح فانه لو حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ان صار تمرا لا يحنث ولو كانت الصفة ملغاة يحنث قلنا الصفة فى المعين لغو الا اذا كانت داعية الى اليمين كما فى مسئلة الرطب فربما يضره أكل الرطب دون التمر وصفة كون الدار مبنية لا تدعو الى ترك الدخول فتعلقت اليمين بالاصل دون الوصف كما لو حلف أن لا يكلم هذا الصبى لم يتقيد بزمان صباه لان الصبا لا يدعو الى اليمين لانه داع الى المبرة والمرحمة والتلاطف قولا وفعلا قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفى ترك التكلم ترك الترحم فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة كأنه قال لا أكلم هذا وبخلاف ما اذا حلف أن لا يأكل لحم هذا الحمل لان صفة الصغر هنا لا تدعو الى اليمين لان الممتنع منه أكثر امتناعا من لحم الكبش وبخلاف ما اذا حلف أن لا يكلم صبيا فكلم شيخا فانه لا يحنث لان الصفة فى النكرة معتبرة اهـ فان قيل ايش يعنى من كون الصفة داعية ان أردت صلوحها للدعوة فالبناء فى الدار كذلك اما الوهاء فى البناء أو ضيق أو معنى يبعثه الى ترك الدخول وان أردت حقيقة الدعوة فالرطب ليس كذلك لانه كما يضره فربما لا يضره أيضا ولذا ذكره بكلمة ربما فى الكتاب فينبغى أن يحنث قلنا أصل البناء للدخول والعوارض المذكورة لا تعارض الاصل بخلاف الرطب هكذا قيل وعليك بالتامل (قوله وأجيب عن الاول الخ) أقول جواب بمنع جريان الدليل اذ المراد بالمنكر فى الدليل هو المنكر من كل وجه (قوله وعن الثانى بان البناء صفة الخ) أقول جواب باختيار الشق الثانى ومنع وجوب عدم اختلاف الحال فى عدم الدخول مستندا لجواز ارادته بحكم العرف لتعينه فى غالب الاستعمال (قوله ورد بان البناء ضده الخراب الخ) أقول كلام على السند الاخص مع أن البناء حل فى الدار قال فى الكافى اسم الدار لا يقع على العرصة قبل البناء لكن اذا بنيت تسمى دارا وان انهدمت انتهى فالبناء صفة متعينة باصالته والخراب لا تزاحمه فليتامل وفى الكافى أيضا الدار اسم لعرصة ادير عليها الحيطان ولا يزول ذلك برفع البناء انتهى وفى هامشه فاما العرصة قبل البناء لا تسمى

ابن معاوية   يادارمية بالعلياء فالسند * أقوت وطال عليها سالف الابد

وقفت فيها أصيلانا أسائلها * عيت جوابا وما بالربع من أحد

الا الاوارى لايا ما أبينها * والنؤى كالحوض بالمظلومة الجلد

اذا كانت الدار بالعلياء فالسند وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه أى يصعد لم يصرها السيل وأقوت أقفرت وطال عليها سالف الابد بالباء السالف الماضى والابد الدهر أى طال عليها ماضى الزمان وهذا كناية عن خرابها وأصيلانا تصغير جمع أصيل أصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاما فيقال أصيلال وانما صغره للدلالة على قصر الوقت الذى وقف فيه للمسائلة وهذا السؤال توجع وتحسر وعيت جوابا عجزت يقال فى تعب البدن اعياء والفعل أعيا وفى كلال اللسان عى وروى فاضل قادما الى المدينة ماشيا فقال له مولانا عى أم أعيا فقال بل أعييت فوضع أعيت جوابا فى البيت المذكور مكان عيت خلاف المعروف والاوارى جمع آرى وهى محابس الخيل ومرابطها واللاى البطء أى تبينى لها ببطء فاستلزم تعبا فمن فسر اللاى بالشدة فهو باللازم فان البطء فى التبين لا يكون الا لتعب فيه والنؤى حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع فى بعض المواضع انه حفيرة غلط وما عسى أن يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بئرا امتلأت فى لحظة وفاضت وانما هو ما ذكرنا ولذا قال فى البيت بعده

ردت عليه اقاصيه ولبده * ضرب الوليدة بالمسحاة فى الثاد

يعنى ردت الوليدة وهى الامة الشابة ما تباعد من تراب النؤى بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة فى الثاد وهى الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر وصف به وأراد بالمظلومة الارض التى لم تمطر والجلد الصلبة فيكون النؤى والوتد أشد ثباتا فيها وقال امرؤ القيس

يادار ماوية بالحائل * فالسهب فالخبتين من عاقل

صم صداها وعفا رسمها * واستعجمت عن منطق السائل

يريد أنها مقفرة لا أنيس بها فيسمع صوته ولا أحد يتكلم فيجيبه الصدى وهو الذى يسمى بابنة الجبل وقال امرؤ القيس   لمن طلل أبصرته فشجانى * كخط زبور فى عسيب يمانى

ديار لهند والرباب وفرتنى * ليالينا بالنعف من بدلانى

يريد أنها درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ودقته اذا كان فى عسيب يمان وكان أهل اليمن يكتبون عهودهم فى عسيب النخلة فهذه الاشعار وما لا يحصى كثرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التى ذكروها لم يكن فيها بناء أصلا بل هى عرصات منزولات انما يضعون فيها الاخبية لا أبنية الحجر والمدر فصح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما اللازم فيها كونها قد نزلت غير انها فى عرف أهل المدن لا يقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها فاما اذا امحت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار فى العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان فالحقيقة أن يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة بان صارت لا بناء بها لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال فى مقابله فيما اذا

فاستوى وجوده وعدمه وتعلقت اليمين بذاتها وذاتها باق بعد انتقاض الحيطان وفى المنكر معتبرة لان الغائب يعرف بالوصف فتعلقت اليمين بدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة ولا يلزم على هذا ما لو حلف أن لا يأكل من هذا الرطب فانه لا يحنث باكله بعدما صار تمرا لان الصفة فى اليمين انما تكون لغوا اذا لم تكن الصفة داعية الى اليمين كما لو حلف أن لا يكلم صاحب هذا الطيلسان أو لا يأكل لحم هذا الحمل والرطوبة تصلح داعية وبعضهم شرطوا أيضا أن لا تذكر الصفة بطريق الشرط حتى لو قال ان دخلت هذه المرأة راكبة هذه الدار فهى طالق لم تطلق اذا دخلت ماشية لانها ذكرت بطريق الشرط وفيما نحن فيه اشارة الى عين موصوفة بصفة مرغوب بها وهو البناء والعمارة وأنه بمنزلة الوصف للعرصة فوجب أن يكون

ولو

الدار محل تواردهما فكيف صار البناء صفة متعينة فهو فى حيز النزاع وأقول فى جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخلا فى المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل فى المعرف لاستغنائه عنه

دارا ألا ترى أن المفاوز والمزارع لا تسمى دارا (قوله وأقول فى جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز أن يكون داخلا فى المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل فى المعرف الخ) أقول لا يخفى عليك أن دخول معنى فى المنكر مع خروجه فى المعرف غير معهود بل المعهود هو عكسه

(ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث) لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام (وان جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لانه لا يعود اسم الدارية (وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه (وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث) لان الاسم لم يبق بعد الانهدام قال (ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث) لان السطح من الدار ألا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد

حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما صارت صحراء حنث وانما تقع المقابلة بين المعين والمنكر فى الحكم اذا توارد حكمهما على محل فاما اذا دخل بعدما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى أن يحنث فى المنكر الا أن يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعنى معتبرا فيها غير أن الوصف فى الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفى الغائب معتبر لانه المعرف له (قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا أخرى فدخلها حنث لما ذكرنا أن الاسم باق بعد الانهدام ولو بنيت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بنيت بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا) وكذا اذا غلب عليها الماء أو جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعدما انهدام المبنى ثانيا من الحمام وما معه لانه لا يعود اسم الدارية بياء مشددة وكذا اذا بنى دارا بعدما انهدم ما بنى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التى منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال فى المنكر حق لكن ثبوت الحنث فى المشار اليها بعدما صارت صحراء مشكل لان كون الاشارة تعين الذات انما يقتضى تعين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضى أيضا انه لو دخلها بعدما انهدمت وبنيت دارا أخرى لا يحنث لان هذا البناء الثانى ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا وعمرا أو أهل الكوفة لا يحنث بكلام أحدهم وان لم يكن جزأ بل المعتبر كون العرصة بنيت أشكل عليه عدم الحنث فى المنكر فيما اذا دخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى (قوله واذا حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث) لان اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال مسماه وهو البناء الذى يبات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها فلو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك أن ذكر السقف فى الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه معتاد للبيتوتة كما قدمنا والبيت لا يلزم فى مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوى وغير مسقف وهو الصيفى (وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام) وهذا المبنى غير البيت الذى منع نفسه دخوله ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت شعر أو فسطاطا ان كان من أهل البادية حنث والا لا يحنث (قوله ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها) من غير دخول من الباب بان طفر من سطح الى سطحها (حنث لان السطح من الدار ألا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد) فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبنى مختلف فان الايمان مبنية على العرف

الوصف لغوا فيما أشار اليه لانه لا يكون مذكورا بطريق الشرط ولا يصلح داعيا الى اليمين بترك الدخول وفى المنكر يكون وصف البناء معتبرا كما لو حلف لا يكلم صاحب طيلسان أو لا يكلم صبيا تتقيد اليمين بالصفة المذكورة فيهما فان قيل قال محمد رحمه الله فى كتاب الوكالة ولو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة تلزم الموكل ولو كانت الصفة فى المنكر معتبرة وجب أن لا يلزمه قلنا الصفة انما اعتبرت فى المنكر من كل وجه والدار فى الوكالة يعرف من وجه لان التوكيل بشراء الدار انما يصح بعد بيان الثمن والمحلة فان قيل

فيتوهم التناقض بين كلاميه لانه قال من قبل والبناء وصف فيها وقيل اذا وقف على السطح لا يحنث فى عرفنا قال الفقيه أبو الليث فى النوازل ان

أن الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا أو بيتا فدخله لم يحنث) لاعتراض اسم آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زوال ذلك الاسم واليمين قد انعقدت بما يسمى دارا ولم يبق وقوله (وكذا اذا دخل بعد انهدام الحمام) ظاهر قال (وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف حنث لبقاء الاسم) قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية فى بيوت منهدمة السقوف (ولانه يبات فيه فكان السقف وصفا فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام) وانه صار بيتا بسبب حادث واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلا فى البيت المحلوف عليه فلا يحنث كذا فى الشروح (ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها) بالصعود اليه من خارج (حنث لان السطح من الدار) لان الدار عبارة عما أحاط به الدائرة وهو حاصل فى علوها وسفلها (ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يظن أن السقف من البناء

وقيل في عرفنا لا يحنث وهو اختيار الفقيه أبي الليث قال (وكذا اذا دخل دهليزها) ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم (وان وقف في طاق الباب بحيث اذا أغلق الباب كان خارجا لم يحنث) لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

فجاز كون بعض ماهو في حكم المسجد خارجا في العرف ألا ترى ان فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد ولا شك أنه خارج فالاقرب ماقيل الدار عبارة عما أحاطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحضيرة ولو لم يكن له حضير فليس هو الا في هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة الا أن يكون عرف أنه يقال انه داخل الدار والحق ان السطح لا شك انه من الدار لانه من أجزائها حسا لكن لا يلزم من القيام عليه أن يقال في العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل الا بجوف الدار حتى صح أن يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل وهذا في عرف من ليس من أهل اللسان فطابق عرف العجم ولو جمع بين قول المتقدمين والمتاخرين بان يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حضير وجواب المتاخرين المعبر عنهم بقوله وقيل في عرفنا يعني عرف العجم على ما اذا لم يكن حضير اتجه وهذا اعتقادي (قوله وقيل في عرفنا لا يحنث) أي بالوقوف على السطح وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها (قوله وكذا اذا دخل دهليزها) يعني يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو أن يكون له حوائط وهو مسقف وأنت علمت أن السقف ليس لازما في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشتوي (قوله وان وقف في طاق الباب وهو بحيث اذا أغلق الباب كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب في الدار) ولو أدخل رأسه أو احدى رجليه أو حلف لا يخرج فاخرج احداهما أو رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله وقد كان صلى الله عليه وسلم يناول عائشة رأسه لتصلحه وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها لان قيامه بالرجلين فلا يكون باحداهما داخلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامرأته ان خرجت الا باذني فانت طالق فقامت على أسكفة الباب وبعض قدمها بحال لو أغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقي خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنث وان كان على النصف الداخل أو عليهما لا يحنث قال وفي المحيط لو أدخل احدى رجليه لا يحنث وبه أخذ الشيخان الامامان شمسا الائمة الحلواني والسرخسي هذا اذا كان يدخل قائما فاما اذا كان يدخل مستلقيا على ظهره أو بطنه أو جنبه فقد خرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار يصير داخلا وان كان ساقاه خارجها ولو تناول بيده شيئا من داخل لا يحنث *(فروع)* حلف لا يدخل هذه الدار فادخل مكرها أي محمولا لا يحنث فان أدخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا والاصح لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها أي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد أبو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسيأتي له تتمة ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد أشرع الى السكة حنث اذا كان أحد بابيه في السكة والآخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ أو مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارى أو رستاق كذا اذا دخل أرضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارى على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا يدخل كورة مصر وهو بالشام فبدخول العريش يحنث وعلى الحمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة بدجلة عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينته في الفرات أو دخل جسرا لا يحنث ولو قال ان وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع

كان الحالين من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار (وكذا اذا دخل دهليزها يحنث) ذكره القدوري مطلقا قال المصنف (ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم) يعني به قوله واذا أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف قوله (وان وقف في طاق الباب) ظاهر

(قوله وهو مسقف) أقول أنت خبير بانه لا يشترط أن يكون مسقفا هنا صرح بذلك العلامة الزيلعي لان اسم الدار يتناوله بدونه وبدون البناء بخلاف البيت فكان ينبغي أن لا يذكره الشارح

لو حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد بصفة فوجب أن لا تتقيد الدار بصفة البناء أيضا فلما صفة البناء معينة للدار

قال

بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه و بين الداخل وهو الذي سماه في الكتاب آخرا فيتنصف بينهما غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما أصاب المستحق بالاول لغا وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثاني بينه و بين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا

بالايجاب الثاني ربعا آخر لانه دائر بينه و بين الداخل فيتنصف بينهما) لكن نصف الثابت شاع في نصفيه فما أصاب منه المعتق بالاول لغا وما أصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولانه لو أريد الثابت بالثاني يعتق نصفه) الباقي ولو أريد الداخل لا يعتق منه شيء فيعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شيء في حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة الارباع ووجه المذكور لمحمد في الداخل أن الايجاب الثاني دائر بينه و بين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل (قوله وهما يقولان) حاصله أن اصابة الربع عندهما ليس قضية الكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه في كله ونصفه شائعا معتق فما أصاب منه هذا النصف لغا وما أصاب القن عتق فلغا ربعه وهذا المعنى منتف في النصف الذي أصاب الداخل وقد علمت آنفا أن محمدا لم يوافق على هذا التوجيه وتقدم له أيضا أن الايجاب الثاني صحيح في حالة وهي أن يريد بالكلام الاول الخارج غير صحيح في حالة أخرى وهي أن يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شيء أصلا فانتصف الثابت به فاصاب كلا ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه واذا عرفت هذا ظهر أن المذكور في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف أصلا بل البهم وان كان معلقا بشرط البيان الا ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه فالنظر الى كون البيان انشاء يقتضي أن لا يبطل الاعتاق الثاني فيفيد العتق في الداخل والنظر الى كونه اظهارا يقتضي أن يبطل والعتق في الداخل لم يكن فلا يثبت بالشك فبطل الايجاب الثاني وان عني بالكلام الاول الخارج عتق الخارج بالكلام الاول ويؤمر ببيان الكلام الثاني لصحته لكونه دائرا بين العبدين هذا اذا بدأ بالكلام الثاني وقال عنيت به الثابت عتق الخارج بالكلام الاول لان الكلام الاول كان دائرا بينهما فاذا عتق الثابت بالكلام الثاني يعتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل الايجاب الاول لان حال وجود الايجاب الاول كانا رقيقين بيقين لان العتق على الثابت انما يقع بالايجاب الثاني بعد وجود الايجاب الاول بخلاف المسئلة الاولى وان قال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول فان لم يبين المولى شيئا ومات أحدهم فالموت بيان أيضا فان مات الخارج تعين الثابت بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت مزاحمهما ولم يبق وان مات الداخل خير في الايجاب الاول فان عنى به الخارج تعين الثابت بالايجاب الثاني وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثاني لما مر فان لم يمت واحد منهم ولكن مات المولى قبل البيان شاع العتق بينهم على اعتبار الاحوال فان قيل ينبغي أن يعتق كل واحد ولا يسعى في شيء خرجوا من الثلث أولا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فاذا ثبت في بعضه ثبت في كله قلنا الاعتاق عندهما لا يتجزأ لانه صادف محلامعلوما أما اذا ثبت بطريق التوزع باعتبار الاحوال فلا لانه حينئذ ثبت ضرورة والثابت بها يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها (قوله فما أصاب المستحق بالاول لغا) فان قيل لم لا ينصرف ما أصاب الثابت من الايجاب الثاني

أنا سالى بني خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود منهم كان محتملا أن يكون لله تعالى فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وأن يكون لغير الله تقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا تجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه أوجب النصف وأسقط النصف وعلى هذا مسائل أصحابنا فان قيل ما بال أبي حنيفة في الخنثى يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال أجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار

وأجيب بان الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مرادا ولهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت

وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه (فان لبث على حاله ساعة حنث) لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ألا يرى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه قال (ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث) لانه

لها دوام بتجدد أمثالها بقوله ألا يرى انه يضرب لها مدة فيقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجارى الكلام دخلت عليه يوما مرادا به اما مجرد بيان الظرفية لا التقدير واما مطلق الوقت اذ كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل وذلك أعنى عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل انه ليس فيه تجدد أمثال يصير به متكررا ليحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث الا بابتداء الفعل الآن ينوى به البقاء وهذه على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الاعم من الابتداء والبقاء وأما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو أراد بقوله لا أسكن وأركب وألبس ابتداء الفعل فقط صدق لانه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا وراكبا وفرع بعض أهل العلم على كون هذه لها تجدد أمثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لابس ليلبس هذا الثوب غدا واستمر لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم انه انما يحنث بتأخير ساعة اذا أمكنه النقل فيها فاما اذا لم يقدر بان كان بعذر الليل وخوف اللص أو منع ذى السلطان أو عدم موضع ينتقل اليه حينئذ أو أغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر وأورد ماذكر الفضلى فيمن قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فهى طالق فقيد أو منع من الخروج حنث وكذا اذا قال لامرأته وهى في منزل أبيها ان لم تحضرى الليلة منزلى فطالق فمنعها أبوها حنث أجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيفما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لان المعقود عليه الاختيارى وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث وسنذكره في فروع ونوضح الوجه باتم ان شاء الله وكذا لو بقى أياما في طلب مسكن وترك الامتعة والاهل في هذه الايام لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة الطلب مستثناة اذا لم يفرط في الطلب وهذا اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو أخذ في النقلة شيأ فشيأ فان كانت النقلات لا تفتر لا يحنث ولو أمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف وأما الثانى فوجه قول زفر رحمه الله ان الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا ان اليمين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث في بعض الاوقات واذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحققه من الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع (قوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع حنث)

الابتداء وما يمتد من الافعال يعطى لدوامه حكم الابتداء والدليل عليه قوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى أى لا تمكث قاعدا وقال عليه السلام لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك والفارق بين الممتد وغير الممتد من الافعال صحة قران المدة به وعدم الصحة فكل فعل يصح قران المدة به فهو مما يمتد كالسكنى والركوب واللبس والنظر والقيام والقعود فانه يصح أن يقال سكن في الدار يوما وركب يوما ولبس يوما ونظر الى فلان يوما وقعد يوما وقام يوما وكل فعل لا يصح قران المدة به فهو مما لا يمتد كالدخول والخروج اذ لا يصح أن يقال خرج يوما من الدار ودخل يوما في الدار بمعنى ضرب المدة والتوقيت لان الدخول هو الانتقال من الخارج الى الداخل والخروج بعكسه ولم يوجد الانتقال من الخارج الى الداخل بعد يمينه وانما وجد المكث فيها وذا غير معتبر الدخول ألا ترى أنه يقال للقاعد اقعد هنا كما يقال لغيره ولا يقال للداخل ادخل هذه الدار (قوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث) وهذا اذا كان الحالف

اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد وانما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازا عما يقال في مجارى كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت وقوله (ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه) سماه محتملا وان كان قوله لا اركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذا لم يكن راكبا وأما اذا كان راكبا فالابتداء من محتملاته وقوله (ومن حلف لا يسكن هذه الدار) يعنى وهو متأهل بدليل قوله فخرج ومتاعه وأهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن متأهلا بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث والمتأهل اذا حلف فاما ان حلف على الدار أو المصر أو القرية فان كان الاول فلابد من نقل أهله ومتاعه وان كان الثانى يكتفى بنقله الى مصر آخر على ما روى عن أبى يوسف وان كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه جاها بعضهم على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والحاكم في ذلك العرف ليس الا

قال المصنف (ولنا أن اليمين تعقد للبر ويستثنى منه زمان تحقيقه) أقول قوله منه أى من اليمين على تأويل الحلف فتركت الحقيقة بدلالة معنى يرجع الى المتكلم وقوله (زمان تحقيقه) يعنى زمان النزع والنزول والنقلة (قوله فخرج بنفسه) أقول وترك المتاع بعد

بعد ساكنها ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقى عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن أبى يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا في الذى انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب.

وهذه المسئلة فرع التى قبلها لما كان بالاخذ في النقلة من ساعته يبر ذكر معنى النقلة التى بها يتحقق البر فبين أنه لابد في كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحلف على أن لا يسكن في هذه المحلة أو السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود أبدا حنث وان خرج على عزم أن يرسل من ينقلهم لانه يعد المتأهل ساكنا بمحل سكنى أهله وماله عرفا واستشهد للعرف بان السوقى عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج عنه الا ليلا أو بعض الليل أيضا ويقول أنا ساكن في محلة كذا وذلك اقرار أهله وماله بها وبهذا القول قال أحمد ومالك وعند الشافعى لا يحنث اذا خرج بنية التحويل قيل وهذا الخلاف بيننا وبينه مبنى على أن العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافها وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل اذ لا شك في انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة لطروها على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة أن من كان أهله بمكان بلدة هو بها فهو ساكن فيه عملا بالعرف فبنى اللفظ عليه وهذا اذا كان الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع أبيه أو امرأة مع زوجها فلو حلف أحدهما لا يسكن هذه فخرج بنفسه وترك أهله وماله وهى زوجها وما لها لا يحنث وقيده الفقيه أبو الليث أيضا بان يكون حلفه بالعربية فلو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك أهله وماله وان كان مستقلا بسكناه نعم لقائل أن ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوقى انما يقول أنا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما هى صورة المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى ان العرف على أنه ساكن ما لم ينقل أهله وماله حتى انه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد أن ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد (قوله ولو كان اليمين على المصر الى آخره) ما تقدم كان فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهى تسمى في عرفنا الحارة فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر أو هذه المدينة قال لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روى عن أبى يوسف رحمه الله تعالى نقله الفقيه أبو الليث عن أمالى أبى يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا في المصر الذى انتقل عنه بنفسه وان ترك أهله وماله عرفا فلا يقال لمن أهله بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن بالكوفة هو ساكن بالبصرة (والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب) فلو حلف لا يسكن هذه القرية أو البلدة وهى قرية فانتقل الى قرية

متأهلا فان كان ممن يعوله غيره بان كان ابنا كبيرا يسكن مع أبيه أو كانت امرأة حلفت لا تسكن هذه الدار فخرج بنفسه على نية عدم العود وخلف متاعه هناك لا يحنث وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله هذا اذا عقد يمينه بالعربية أما اذا عقد يمينه بالفارسية فلا يحنث اذا خرج بنفسه وخلف أهله ومتاعه فيها كذا في الفوائد الظهيرية ومتى كان الحالف متأهلا وعقد يمينه بالعربية لو منع من الخروج ومنعوا متاعه أيضا أو ثقوه ووجد باب الدار مغلقا بحيث لم يمكنه الفتح والخروج لم يحنث بخلاف ما لو قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته كذا فقيد ومنع من الخروج حيث تطلق وكذا لو قال لامرأته وهى في منزل والدها ان لم تحضرى الليلة منزلى فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور تطلق في الصحيح لان شرط الحنث هنا عدم الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللاكراه أثر في اعدام الفعل وثم شرط الحنث عدم الفعل وليس للاكراه أثر في ابطال العدم وفى الشافى ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل أو بمنع ذى سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث خلافا لزفر رحمه الله لان حالة الضرورة مستثناة وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقله لم يحنث حتى يجد من ينقله ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله (قوله ولو كان اليمين على المصر) الى قوله لانه لا يعد ساكنا في الذى انتقل

ثم اختلفوا في كيفية النقل على ماذكر في الكتاب اعترض على قول أبى حنيفة بان سكناه كان بجميع وما كان معه من الاهل والمتاع فاذا أخرج بعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفى بانتفاء البعض وأجيب بان الكل ينتفى بانتفاء جزء حقيقى لا اعتبارى وما ذكرتم ليس كذلك

(قوله بانتفاء جزء حقيقى لا اعتبارى) أقول كالقراءة في الصلاة

ثم قال أبو حنيفة رحمه الله لابد من نقل كل المتاع حتى لو بقى وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقى شيء منه وقال أبو يوسف

أخرى وترك أهله وماله فى الاولى لا يحنث وقوله فى الصحيح احترازعن قال هى كما لو حلف لا يسكن الدار فيحنث (قوله ثم قال أبو حنيفة لابد) فى كونه انتقل من الدار وماشا كلها مما ذكرنا (من نقل كل المتاع حتى لو بقى وتد ونحوه يحنث لان السكنى من الحالف تثبت بالكل فتبقى ما بقى منه شيء) فى المبسوط وهذا أصل لابى حنيفة حتى جعل صفة السكون فى العصير مانعا من أن يكون خمرا وبقاء مسلم واحد منا فى بلدة ارتد أهلها مانعا من أن تصير دار حرب الآن مشايخنا قالوا هذا اذا كان الباقى يتأتى به السكنى وأما بقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير لا يبقى فيها ساكنا فلا يحنث وحقيقة وجه دفعه ان قوله السكنى تثبت بالكل ان أراد أن مجموع الكل هو العلة فى سكناه مع انقطاع نفسه الى القرار فى المكان منعناه والا لزم انه لو سرق بعض تلك الامتعة انتفت السكنى فعلم ان السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فانما هى منوطة فى العرف بقراره على وجه الانقطاع اليه مع ما يتأتى به دفع الحاجات الكائنة فى السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل و بدون الكل على أن الكلام هنا باعتبار العرف والعرف بعد من خرج لا يريد العود ونقل أهله و بعض ماله يريد أن ينقله بعد ذلك أو تركه لتفاهته وعدم الالتفات اليه تاركا السكنى ذلك المكان (وقال أبو يوسف يعتبر فى البر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر بان يغفل عن شيء كابرة فى شق حائط أو يتعسر (وقال محمد يعتبر فى البر نقل ما يقوم به كدخدائيته) أى سكناه فيما انتقل اليه (لان ماوراء ذلك ليس من السكنى) اذ ليس من حاجتها قال المصنف رحمه الله (قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس فى نفى الحنث) عنهم ومنهم من صرح بان الفتوى عليه وكثير منهم كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافى على أن الفتوى على قول أبى يوسف ولا شك أن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف فى انه ساكن أولا والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقى يقال ليس ساكنا فى هذا المكان بل انتقل عنه وسكن فى المكان الفلانى وهذا الخلاف فى نقل الامتعة أما

عنه عرفا بخلاف الاول والفارق العرف فان من يكون ببصرة لا يقال هو ساكن ببغداد وان كان أهله وثقله ببغداد بخلاف الدار والمحلة والبيت فان الكائن فى السوق يقول أسكن محلة كذا أو دار كذا أو بيت كذا اذا كان أهله وثقله ثمة وعند الشافعى رحمه الله الدار كالمصر لانه يعتبر الحقيقة فى الايمان ولا يعتبر العادة بخلاف الحقيقة اذ المجاز لا يعارض الحقيقة قال فان خرجت من مكة وحلفت فبهاد فيترات أفاكون ساكنا بمكة وعندنا بالعادة الظاهرة تترك الحقيقة لما عرف والحالف يريد بذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه ثم قال أبو حنيفة رضى الله عنه لابد من نقل كل المتاع لان السكنى قد تثبت بالكل فتبقى ما بقى شيء منه وهذا لما عرف من أصله أن الحكم اذا ثبت بعلة يبقى ببقاء جزء من العلة وان قل كما فى العصير لا يتخمر ما بقى جزء من العصير وانما يصير خمرا اذا قذف بالزبد وكما قال الحكم فى الزكاة يبقى ببقاء جزء من النصاب وان قل اذا كان طرفى الحول تاما وكما قال فى دار الاسلام لا تصير دار الحرب ما بقى مسلم واحد آمنا بالامان الاول وقال بعض المشايخ انما يعتبر عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه نقل الكل مما يقصد به السكنى أما اذا لم ينقل مالا يقصد به السكنى كالوتد والمكنسة وقطعة حصير فى عينه فان قيل قد ينتفى الشيء بانتفاء البعض كما ينتفى بانتفاء الكل كمجموع العشرة الدنانير مثلا ولم تنتف السكنى ههنا بانتفاء البعض قلنا المجموع ينتفى بانتفاء البعض اذا كان المجموع من حيث الاجزاء كمجموع العشرة أما اذا كان من حيث الافراد لا ينتفى بانتفاء البعض كالرجال لا تنتفى بانتفاء البعض لان بعد ذلك ينتفى الرجال أما العشرة عشرة باعتبار أجزائها ٧ كما نقص منها شيء لا تنتفى عشرة والسكنى من قبيل الافراد لانه يعد ساكنا باعتبار بقاء البعض فان السوقى عامة نهاره فى السوق و يقول أسكن سكة كذا فصح الاختيار بسكنى مع أن المخبر ليس هو فيها فى عامة أوقاته (قوله وقال أبو يوسف

رحمة

(و ينبغى أن ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر) وقال فى الشافى ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل أو بمنع ذى سلطان أو عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث لان حالة الضرورة مستثناة خلافا لزفر وكذلك لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة أو كان شريفا أو ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد أحدا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها و يلحق الموجود بالمعدوم للعذر ونوقض بما ذكره الشيخ الامام أبو بكر محمد ابن الفضل ان من قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث وكذا لو قال لامرأته وهى فى منزل والدها ان لم تحضرى الليلة منزلى فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور حنث وأجيب بان فى مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودى لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة وأما فى صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الى اختيار

رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ماوراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس و ينبغى أن ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة أو الى المسجد قالوا لا يبر دليله فى الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول فى حق الصلاة كذا هذا والله تعالى أعلم بالصواب

(باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك)

الاهل فلابد فى البر من نقلهم كلهم اتفاقا (قوله و ينبغى أن ينتقل الى منزل آخر حتى يبر) بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة أو المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا فقيل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف استدلالا بما فى الزيادات كوفى نقل عياله الى مكة ليستوطن فلما توطن بمكة بدا له أن يرجع الى خراسان فمر بالكوفة يصلى بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له فى الطريق قبل أن يدخل الى مكة صلى بالكوفة مارا عليها أربعا لان وطنه الاول بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول ما لم يتخذ وطنا آخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكنا وقال أبو الليث ان سلم داره باجارة أو رد المستاجرة الى المؤاجر لا يحنث وان لم يتخذ دارا أخرى واطلاق عدم الحنث أوجه وكون وطنه باقيا فى حق اتمام الصلاة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل أهله وأمتعته وخرج مسافرا أن لا يقال فيه انه ساكن فى تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا واذا لم يتحرر له قصد مكان معين قيل هو الآن غير ساكن فى مكان حتى ينظر أين يسكن واذا ثبت نفى تلك السكنى ثبت البر والله تعالى أعلم

(باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب)

رحمة الله تعالى عليه يعتبر نقل الاكثر) والفتوى على قول أبى يوسف رحمة الله تعالى عليه قالوا هذا الاختلاف فى نقل الامتعة فاما الاهل فلابد من نقلهم بلا خلاف كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله دليله فى الزيادات) كوفى انتقل باهله ومتاعه الى مكة ليستوطنها فلما دخلها وتوطن بها بدا له أن يعود الى خراسان فعاد ومر بالكوفة يصلى ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له فى الطريق قبل أن يدخل مكة أن لا يستوطن مكة و يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلى بالكوفة أربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر كذا ههنا وان كان فى طلب مسكن آخر فترك الامتعة فيها أياما لا يحنث فى الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل وصار مدة طلب المنزل مستثنى بحكم العرف اذا لم يفرط فى الطلب (قوله كذا هذا) قال الفقيه أبو الليث رحمه الله هذا اذا لم يسلم الدار المستأجرة الى صاحبها فان سلمها بر وان كان هو والمتاع فى السكة أو فى المسجد والله تعالى أعلم بالصواب *(باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك)*

(فان انتقل الى السكة أو المسجد قالوا لا يبر) وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا ودليل الاول ما ذكرناه فى الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول فى حق الصلاة كذا هذا وصورته كوفى نقل عياله الى مكة ليتوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له أن يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلى بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له فى الطريق قبل أن يدخل مكة أن لا يستوطن مكة و يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلى بالكوفة أربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هذا وفى بعض الشراح قوله قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن فى طلب مسكن آخر أما اذا كان وبقى على ذلك أياما فلا يحنث فى الصحيح وان لم ينتقل الى السكة أو المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة فى السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة والله أعلم *(باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك)* ذكر الخروج ههنا ظاهر التناسب لان له مناسبة المضادة بالدخول وأما الاتيان والركوب فمما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما

(قوله بعذر الليل) أقول اذا كانت اليمين فى جوف الليل (قوله أو بمنع ذى سلطان الخ) أقول فيه بحث لمخالفته لما مر من قوله ومن فعل المحلوف عليه ناسيا أو مكرها فهو سواء لان الفعل الحقيقى لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط فتامل فى جوابه (قوله و يلحق الموجود بالمعدوم للعذر) أقول منقوض بفعل المغمى عليه وقد سبق انه يحنث (قوله شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودى) أقول لان السكنى هى السكون على ما مر والاكوان بديهية الوجود عند المتكلمين *(باب اليمين فى الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك)*

قال (ومن حلف لايخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث) لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت (ولو أخرجه مكرها لم يحنث) لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر (ولو حمله برضاه لابامره لايحنث) فى الصحيح لان الانتقال بالامر لابمجرد الرضا قال (ولو حلف لايخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث) لان الموجود خروج مستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج (ولو حلف لايخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث) لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج

الخروج مقابل للدخول فناسب اعقابه به و يعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما رتبت أوردها فى باب الخروج (قوله ومن حلف لايخرج من المسجد) أو الدار أو البيت أو غير ذلك فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا ولو أخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج مكرها هنا أن يحمله و يخرجه كارها لذلك لا الاكراه المعروف وهو أن يتوعده حتى يفعل فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الاكراه لايعدم الفعل عندنا ونظيره ما لو حلف لاياكل هذا الطعام فاكره عليه حتى أكله حنث ولو أوجر فى حلقه لايحنث ولو حمله برضاه لابامره لايحنث فى الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح أن الانتقال بالامر لابمجرد الرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الآمر محل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضا أيضا ناقلا دفع بفرع اتفاقى وهو ما اذا أمره أن يتلف ماله ففعل لايضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر فلو أتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لاحد بين كونه راضيا أولا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا لانسان أو بهبوب ريح حملته هل تنحل اليمين قال السيد أبو شجاع تنحل وهو أرفق بالناس وقال غيره من المشايخ لاتنحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشى وقاضيخان وذلك لانه انما لايحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها فى الذمة و يظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لايحنث وهذا بيان كونه أرفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح (قوله ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة) ونحوه فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له أخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمضى بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر والذهاب ليس كذلك (قوله ولو حلف لايخرج الى مكة) أو دار فلان فخرج مريدا مكة أو دار فلان ثم بدا له فرجع قبل أن يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث به رجع أو لم يرجع ومقتضى هذا أن يحنث اذا

(قوله ومن حلف لايخرج من المسجد) وكذا الحكم فى البيت والدار ولكن وضع المسئلة فى المسجد حملا ليمينه على العادة (قوله ولو أخرجه مكرها) أى حمله انسان فاخرجه مكرها لانه لم يوجد منه الفعل لاحقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لم يامره به ولو هدد فخرج بنفسه حنث لوجود الفعل منه وقيل ان أمكنه الامتناع عن الخروج ومع هذا خرج حنث وان لم يمكنه لا (قوله ولو حمله برضاه لابامره لايحنث فى الصحيح) وقال بعضهم يحنث لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالاخراج ثم فيما لم يحنث هل تنحل اليمين الصحيح أنه لاتنحل اليمين حتى لو حلف على الدخول فادخل مكرها ثم خرج فدخل مختارا حنث فى الصحيح وقيل ينحل فلا يحنث (قوله والمضى بعد ذلك ليس بخروج) لان الخروج عبارة عن الانتقال من الباطن الى الظاهر وهو لم يوجد بعد الخروج بل وجد منه الاتيان الى حاجة أخرى والاتيان غير الخروج لان الاتيان عبارة عن الوصول (قوله ولو حلف لايخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث) و يشترط للحنث أن يجاوز عمران مصره على نية الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل أن يجاوز عمران مصره لايحنث

ذكر الخروج قوله (ومن حلف لايخرج من المسجد) ظاهر وكذلك الحكم فى الدار والبيت وقوله (ولو أخرجه مكرها) صورته أن يحمله انسان فيخرجه مكرها لانه حينئذ لم يوجد منه الفعل لاحقيقة ولا حكما وأما اذا هدده غيره فخرج خوفا من المكره فانه يحنث لوجود الفعل منه ثم هل تنحل اليمين اذا حمل مكرها قيل تنحل كما لو حلف لايدخل دار فلان فهبت به الريح والقته فيها لم يحنث وانحلت اليمين وقيل لاتنحل وهو الصحيح وقوله (فى الصحيح) احترازعن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه يحنث لما أنه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالاخراج وقوله (والمضى بعد ذلك ليس بخروج) يعنى أن الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الى الخارج ولم يوجد وقوله (ولو حلف لايخرج الى مكة) ههنا ثلاثة ألفاظ الخروج والاتيان والذهاب والاول شرط الحنث به الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصدا لذلك دون الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله وأراد به الانفصال والثانى شرطه الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون

(قوله وقيل لاتنحل الخ) أقول لو حلف لايشرب الخمر فصبت فى حلقه اكراها هل تنحل يمينه حتى لو شرب بعده طوعا هل يحنث ينبغى أن يكون على هذا الخلاف والمذكور فى الفتاوى انه يحنث

هو

هو الانفصال من الداخل الى الخارج (ولو حلف لايأتيها لم يحنث حتى يدخلها) لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لايذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث فى آخر جزء من أجزاء حياته) لان البر قبل ذلك مرجو (ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره فى الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لايقدر على اتيانه فلم يأته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين

رجع وان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كانه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بان الماضى اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه و بينها مدة سفر ينبغى أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل (قوله ولو حلف لايأتيها) فخرج بقصدها (لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لايذهب اليها قيل هو كالاتيان) فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة (وقيل الذهاب كالخروج) وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المصنف (وهو الاصح) قال تعالى ليذهب عنكم الرجس أى يزيله فبمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول فى اذهبا الى فرعون لايدل على انه لازم فى استعماله غاية الامر أن يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين أحدهما للتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج أو الاتيان صحت نيته ثم فى الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفى الاتيان اليه لايشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد أو لم يقصد كذا فى جامع قاضيخان والفوائد الظهيرية (قوله وان حلف ليأتين البصرة) هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على أن يفعلها فى المستقبل فاما ان يطلقها أو يؤقتها بوقت مثل لافعلن غدا أو فيما بينى و بين يوم الجمعة ففى المطلقة مثل ليضربن زيدا أو ليعطين فلانا أو ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تبقى ما أمكن البر وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم انحلالها فتبقى الى أن يقع اليأس عن البر فيحكم حينئذ بالحنث ولا يقع اليأس الا فى آخر جزء من أجزاء الحياة فان كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت أحدهما ولا فرق فى ذلك بين موته وموتها فى الصحيح وتقدمت هذه فى الطلاق وفى المقيدة تتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضى الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم أفعل كذا غدا فعبدى حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لايعتق عبده (قوله ولو حلف) أى بالله أو بطلاق أو عتاق (ليأتينه غدا ان استطاع) وصورته فى التعاليق أن يقول امرأتى طالق ان لم آتك غدا ان استطعت ولا نية له تصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا ما أراد بقوله استطاعة الصحة دون الاستطاعة التى هى القدرة التى لاتسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لان أفعال العباد مخلوقة لله تعالى ولو أراد هذه بقوله ان استطعت صحت ارادته فاذا لم يأته لعذر منعه أو لغير عذر لايحنث كانه قال لآتينك ان خلق الله تعالى اتيانى أو الا أن لايخلق اتيانى وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والآتى واذا صحت ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازى وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول أوجه لانه وان كان مشتركا بينهما لكن تعورف

وان كان على هذه النية (قوله وقيل هو كالخروج وهو الاصح) وقيل لايحنث مالم يدخلها كالاتيان لقوله تعالى اذهبا الى فرعون انه طغى فقولا له قولا لينا وذا بمعنى الاتيان ولنا ان الذهاب والخروج يستعملان استعمالا واحدا يقال ذهب الى مكة وخرج الى مكة بمعنى واحد قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس أى ليزيله عنكم فثبت أن الذهاب هو الزوال والانفصال لان الاذهاب افعال من الذهاب والاذهاب الازالة وكونه ازالة

فاذا وصل حنث سواء كان قاصدا أو لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير ابن يحيى هو بمنزلة الاتيان لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان وقال محمد ابن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول قال المصنف وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال (ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة) اعلم أن الاستطاعة تطلق على معنيين أحدهما صحة الاسباب والآلات قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والثانى القدرة الحقيقية وهى نوع على حدة يترتب عليها الفعل عند ارادته ارادة جازمة يخلقه الله تعالى عند الفعل لاقبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع اذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عنى الثانى وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى أى أراد حقيقة كلامه وقيل يصدق قضاء أيضا لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقيل لايصح قضاء لانه

فيمابينه و بين الله تعالى) وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل و يطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب فى المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل وتصح قضاء أيضا لما بينا وقيل لا تصح لانه خلاف الظاهر (ومن حلف لاتخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه حنث ولابد من الاذن فى كل خروج) لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل فى الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضى فى خلاف الظاهر (قوله ومن حلف لاتخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه حنث) ولابد من الاذن فى كل خروج ومثله ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى فى قوله الا باذنى خروج مقرون بالاذن فما وراء ذلك الخروج الملصق بالاذن داخل فى الحظر العام وهو النكرة المؤولة من الفعل فى سياق النفى فان المعنى لاتخرجى خروجا الا خروجا باذنى وطريق اسقاط هذا الاذن أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبى يوسف خلافا لمحمد وجه قول محمد أنه لو أذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابى يوسف أنه انما عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف النهى بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو أذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو اذن لانه لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما أن الاذن انما سمى اذنا لكونه معلما أو لوقوعه فى الاذن ولم يوجد ثم انعقاد اليمين على الاذن فى قوله ان خرجت الا باذنى فانت طالق أو والله لاتخرجين الا باذنى مقيد ببقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا ليرفعن اليه خبر كل داعر فى المدينة كان على مدة ولايته فلو أبانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدقه القاضى أما انه خلاف

لا يفتقر الى وصول الزائل الى محل آخر فكذا الذهاب الذى هو الزوال لا يشترط فيه الوصول وهذا الاختلاف فيما اذا لم تكن له نية فان نوى الخروج والاتيان فعلى ما نوى لانه يحتمل كل واحد منهما وفى الاتيان لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه يحنث قصد أولم يقصد (قوله لان المستثنى خروج مقرون بالاذن) لان التقدير لاتخرج امرأته خروجا الا خروجا ملصقا باذنى فيكون ما وراء الخروج المقرون بالاذن باقيا تحت الحظر العام فيحنث اذا وجد الخروج لا عن اذن لوجود شرط الحنث كقوله ان خرجت من الدار الا بملحفة فانت طالق فخرجت بملحفة لم تطلق ولم يسقط الحظر حتى لو خرجت بلا ملحفة تطلق (قوله ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه) لان الاستثناء يحتمل الغاية لكنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف ولو قال الا ان آذن لك ينتهى اليمين بالاذن مرة كما اذا قال حتى ان آذن لك وان نوى التعدد صدق لانه نوى الاستثناء من الغاية وبينهما مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية يخالف ما قبلها فان قيل يشكل على هذا قوله تعالى ولاتدخلوا بيوت النبى الا أن يؤذن لكم فهنالك بالاذن مرة لا يسقط حرمة الدخول بل الاذن يحتاج اليه فى كل مرة مع أنه مذكور بكلمة الا أن قلنا حرمة الدخول فى بيت النبى عليه الصلاة والسلام ما ثبتت بهذا النص بل الاصل حرمة الدخول فى ملك الغير بغير اذنه الا أن هذا النص لاباحة الدخول بالاذن فبقى الدخول بغير الاذن على أصل الحرمة أو نقول اشتراط الاذن هنالك فى كل مرة انما علم بآخر الآية وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذى النبى ومعنى الايذاء موجود فى كل ساعة فشرط الاذن فى كل مرة (قوله و يطلق الاسم) أى اسم الاستطاعة على سلامة الآلات وصحة الاسباب

خلاف الظاهر لما بينا أن الاول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه (ولو حلف لاتخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة) حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا اذن حنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان تقديره والله لاتخرجى الا خروجا ملصقا باذنى لان الباء للالصاق فيقتضى ملصقا وملصقا به فيكون ما وراءه أى ما وراء المستثنى داخلا تحت الحظر العام (ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه) لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى الباء

قال المصنف (ومن حلف لاتخرج امرأته الا باذنه) أقول فى البدائع ان أراد بقوله الا باذنى مرة واحدة يدين فيمابينه وبين الله تعالى وفى القضاء فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عنه انه لا يدين فى القضاء اه وصرح بان الاول هو ظاهر الرواية وفى غاية البيان تفصيل متعلق بهذا المقام فراجعه (قوله لان تقديره والله لاتخرجى الخ) أقول هذا مما لا معنى له (قوله فيقتضى ملصقا وملصقا به) أقول يعنى يقتضى ملصقا وهو الخروج ويقتضى ملصقا به وهو الاذن

(ولو)

ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث) لان هذه كلمة غاية

الظاهر فظاهر بما قررناه وأما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب الغاية فى قوله لاتخرجى حتى آذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما قبلهما فيستعار الا باذنى لمعنى حتى آذن وفى حتى آذن تفعل بمرة واحدة وقد بحث بعضهم فى حتى أنها أيضا توجب التكرار واستدل بقوله تعالى حتى تستأنسوا فلاتدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول ان قام الاجماع على أن التكرار يراد فلا نزاع وانما الكلام فى أنه هل هو مؤدى اللفظ فقلنا لا فانه اذا قال حتى آذن لك يكون قد جعل النهى عن الخروج مطلقا مغيا بوجود ما هو اذن وبمرة واحدة من الاذن يتحقق ما هو اذن فيتحقق غاية النهى فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر فبغيره من دليل آخر أو علم أنه أريد به خلاف مقتضاه وظاهر مذهب الشافعى فى قوله الا باذنى انه تنتهى اليمين بخرجة واحدة باذن الزوج أو بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وفى وجه كقولنا وهو اختيار المزنى والقفال (قوله ولو قال الا أن آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث) ونقل عن أحمد لزوم تكرار الاذن فيه أيضا مثل الا باذنى وهو قول الفراء لان المعنى الا خروجا باذنى لان أن والفعل فى تاويل المصدر ولا يصح الا خروجا اذنى فلزم ارادة الباء فصار باذنى والجواب انه لابد من أحد الامرين اما ما ذكر من ارادة الباء محذوفة أو ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا أى حتى آذن لك وعلى الاول يكون كالاول وعلى الثانى ينعقد على اذن واحد واذا لزم فى الا أن آذن لك أحد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف أولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف فى وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف فى ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآنى قال تعالى لا يزال بنيانهم الذى بنوا ريبة فى قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم فان قيل قد تحقق بمعنى ما باضمار الباء أيضا فى قوله تعالى لاتدخلوا بيوت النبى الا أن يؤذن لكم الآية والثابت وجوب تكرار الاذن أجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤن الا أن يشاء الله ولا تقولن لشئ انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله ولكن لاتواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يستقل فيه دليل على المنع أو الفعل مع كل متكرر فانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد أجيب أيضا عن الآية الاولى ان لزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذى النبى فيستحيى منكم فالزم بعض المحشين ان يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المرأة بغير اذن الزوج مما يؤذى الزوج أيضا وهذا ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة فى قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذى النبى المنع الذى هو حكم شرعى وهو يثبت بالعلل الشرعية أما ههنا فالنظر فيما تنعقد عليه يمين الحالف و يلزم بعدمه الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ الناص على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بان قال والله لا أشرب ماء العنب المشتد لاسكاره

وارتفاع الموانع فى المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه لان مطلق الكلام يحمل على المتعارف قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسرها رسول الله عليه السلام بملك الزاد والراحلة وقال الله تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم والمراد ما قلنا فان نوى القدرة الحقيقية التى يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل مقارنة له عند أهل السنة صدق ديانة لان ذا مما يقع عليه اسم الاستطاعة قال الله تعالى ولن تستطيعوا أن تعدلوا فما اسطاعوا أن يظهروه وما استطاعوا له نقبا الا أنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى وفى رواية يصدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهذا بناء على أنه اذا نوى حقيقة كلامه والظاهر لا يخالفها صدق ديانة وقضاء وان كان يخالفها ففى تصديقه قضاء روايتان واذا نوى ما قلنا لم يحنث بحال لان تلك القدرة لا تسبق الفعل وانما يعرف وجودها بوجود الفعل فحين لم يكن لم تكن له استطاعة وانما سميت استطاعة القضاء لان ذلك الفعل

ولو قال الا أن آذن لك كفى اذن واحد لما ذكر فى الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى لاتدخلوا بيوت النبى الا أن يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازما وأجيب بان ذلك بدليل خارجى وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذى النبى وتمام التقرير فيه ذكرناه فى الانوار والتقرير يعنى قوله لان هذه كلمة غاية أى كلمة تفيد معنى الغاية لان الا أن ليس موضوعا لها بل للاستثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن منه فجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهو أن حكم ما قبل الغاية مخالف لما بعدها كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف

قال المصنف (الا أن آذن لك الخ) أقول قال الامام الزيلعى ولو نوى التعدد بقوله الا أن آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لان كلمة أن وما دخلت عليه بتاويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فصار كانه قال الا باذن آذن لك ولان فيه تغليظا على نفسه فيصدق اه وفيه احتمال آخر مذكور فى شرح الوقاية لصدر الشريعة

تكم مابعده قال (ولو أرادت المرأة الخروج) صورة المسئلة ظاهرة (وتسمى هذه اليمين يمين فور) وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج فلان من فوره أي من ساعته (وتفرد أبو حنيفة رحمه الله باظهاره) أي باستنباطه وكان الناس قبله يعلمون اليمين على نوعين مؤبدة وموقتة لفظا ثم استنبط أبو حنيفة هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والموقت معنى وقد أخذه من حديث جابر وابنه رضي الله عنهما حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه ولم يحنثا واعتبر في ذلك العرف فان الحالف في العادة يقصد بهذا اللفظ منعهما عن الخرجة التي تهيأت لها الامن الخروج على التابيد فاذا عادت

فقد تركت تلك الخرجة وانتهت اليمين فلا يحنث بعد ذلك وان خرجت والعرف له اعتبار في باب الايمان وعلى هذا لو أراد الرجل ضرب عبده فقال آخر إن ضربته فعبدي حر يتقيد بتلك الضربة وعلى هذا اذا قال له اجلس تغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر وكلامه ظاهر ولو قال ان تغديت اليوم يجعل مبتدئا لانه زاد على مقدار الجواب ففي تطبيقه على السؤال الغاء الزيادة فان قيل الزيادة لا تضر كونه جوابا للسؤال ألا ترى الى قوله تعالى قال هي عصاي أتوكأ عليها وأهش بها على غنمي ولي فيها مآرب أخرى في جواب قوله تعالى وما تلك بيمينك ياموسى كيف زاد على مقدار الجواب وهو أن يقول عصاي ولم يخرجه عن كونه جوابا أجيب بأن كلمة ما تستعمل للسؤال عن الذات والسؤال عن الصفات وحيث وقعت في حيز السؤال اشتبه على موسى عليه السلام أن السؤال

فتنتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك (ولو أرادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث) وكذلك اذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد أبو حنيفة رحمه الله باظهاره ووجهه أن مراد المتكلم الردع عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه (ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله وتغدى لم يحنث) لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف

فانه لو شرب مزرا لا يقول أحد انه حنث ولزمه كفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط أن الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن نعم قد يقال لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله تعالى وكل قول اني فاعل غدا كذا الا بقرانه بالمشيئة سوى الادلة المذكورة خصوصا في الاخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه الادلة وأقل ما في الباب أن يكون وجود هذا المجاز أكثر والكثرة من أسباب الترجيح وحينئذ كون غير مجاز الحذف أولى يجب أن يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا مستمرا فهو ما من اللفظ بلا زيادة تامل وأنت علمت أن حذف حرف الجر مع أن وأن مطرد وهنا لفظتان آخران هما الى أن آذن لك ويجب أن يسلك به مسلك حتى وبغير اذني ويجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وهذا كله بخلاف ما لو قال لا أكلم فلانا الا باذن فلان أو حتى ياذن أو الا أن ياذن أو الا أن يقدم فلان أو حتى يقدم أو قال لرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يتكرر اليمين في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الاذن وكذا خروج الرجل مما لا يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج المأذون فيه عادة لا كل خروج الا بنص صريح فيه مثل أذنت لك أن تخرجي كلما أردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا لوجود الصارف عن التكرار لا لان العرف في الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا وثبوت خلافه للصارف العرفي ثم ذلك المؤدى اللفظي في مثل ان خرجت الا باذني والا أن آذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك (قوله ولو أرادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور وانفرد أبو حنيفة رضي الله عنه باظهارها) وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي أن يحلف مطلقا وموقتة

يوجد بايجاد الله تعالى وقضائه فانه تعالى اذا قضى وجود ذلك الفعل أوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل ولو لم توجد تلك القدرة لم يوجد ذلك الفعل فكانت تلك القدرة أي الاستطاعة استطاعة القضاء (قوله وهذه تسمى يمين فور) أي يمين الحال وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره أي من ساعته (قوله وتفرد أبو حنيفة رحمه الله باظهاره) ولم يسبقه أحد فيه وكانوا من قبل يقولون اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا أو موقتة كلا يفعل كذا اليوم فخرج قسما

اوقع عن الذات أو الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال قال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية وفيه نظر لان أهل البلاغة قالوا ان ما يسال بها عن وصف العقلاء والعصا لم تكن عاقلة سلمنا ولكن الاعمال المسندة الى موسى عليه السلام لا تكون أوصافا ولئن كانت لا تكون أوصافا للعصا وأقول الزيادة على حرف الجواب لا تصرفه عن كونه جوابا له البتة وانما يجعل

(قوله ان ما يسال بها الخ) أقول قال العلامة الشريف في شرح المفتاح استعمال ما في السؤال عن وصف أولي العلم أو غيرهم كثير في اللغة اهـ فيما ذكره الشارح بحث (قوله ولئن كانت لا تكون أوصافا للعصا) أقول وأنت خبير بانه لا مانع من التأويل بحيث تكون أوصافا للعصا فليتامل

كلاما مبتدأ اذا كان ثمة مصرف يمكن حمله عليه اعمالا للزيادة كما في المسئلة وليس في الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جوابا يلوح الى هذا قوله فيجعل مبتدئا (قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان) الدابة في اللغة كل ما يدب من الحيوانات أي يتحرك مشيا على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ويتعلق الركوب بها بعين ما يركب منها مرادا كالبغل والفرس والبعير والحمار والبقر والجاموس والفيل في القياس واستحسن العلماء في عقد اليمين على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير أخذا من قوله

تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها ذكر منة الركوب في هذه الانواع الثلاثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله تعالى والانعام خلقها لكم الآية وبالعرف فانه اذا قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه أحد أنه ركب البقر أو الفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة وهذا اذا لم ينو فاما اذا نوى وركب دابة العبد فيحنث الا أنه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده أي فيما ملكه العبد المديون عند أبي حنيفة حتى لو أعتق عبد عبده لا يعتق وتلمح مما ذكرنا المستثنى منه في قوله الا انه اذا كان عليه دين وهو القدر الذي أظهرناه وان كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا

ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا (ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون أو غير مديون لم يحنث) عند أبي حنيفة رحمه الله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه

وهي أن يحلف أن لا يفعل كذا اليوم أو هذا الشهر فاخرج أبو حنيفة رضي الله عنه يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظا موقتة معنى تتقيد بالحال وهي ما يكون جوابا لكلام يتعلق بالحال مثل أن يقال لآخر تعال تغد عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والمسؤل الغداء الحالي فينصرف الحلف الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى في منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدئا لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال والغاؤه أولى من الغاء لفظ صريح في معناه أو ما يكون بناء على أمر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده أن يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة ومنه من أراد أن يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه وقال زفر رحمه الله يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس ووجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية (قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان) اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغلته وفرسه فلو ركب جمله أو فيله لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لان العرف خصصه بالمركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه

ثالثا وهي المطلقة لفظا والموقتة معنى وانما أخذها من حديث جابر بن عبد الله وأبيه حين دعيا الى نصرة انسان فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا ووجهه أن مراد المتكلم الزجر عن تلك الخرجة والضرب بها عرفا فيتقيد بذلك لان المطلق يتقيد بدلالة حال المتكلم وذكر في الفوائد الظهيرية يمين الفور ماخوذ من فوران القدر فسميت هي بهذا الاسم باعتبار فوران الغضب (قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان) في المبسوط ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب حمارا أو فرسا أو برذونا أو بغلا حنث وكذلك ان ركب غيرها من الدواب في القياس كالبعير والفيل لان اسم الدابة يتناوله حقيقة وحكما فان الدابة ما يدب على الارض وقد عقد يمينه على فعل الركوب فيتناول ما يركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير وقد تايد ذلك بقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة فانما ذكر منة الركوب في هذه الانواع الثلاثة وان كان يركب الفيل والبعير في بعض الاوقات فذلك لا يدل على أن اليمين تناوله ألا ترى أن البقر والجاموس يركب أيضا في بعض المواضع ثم لا يفهم من قول القائل يركب فلان دابة البقر الا أن ينوي جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه وان عنى الخيل وحدها لم يدين في الحكم لانه نوى التخصيص في لفظه العام ولو قال لا أركب ونوى الخيل وحدها لم يدين لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان في لفظه فعل الركوب دون المركب ونية التخصيص تصح في الملفوظ لا فيما لا لفظ له (قوله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى) الا هنا بمعنى لكن لما قال لم يحنث مطلقا استدرك فبين

حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله لمولاه فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال أبو يوسف يحنث في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين أو كان عليه دين غير مستغرق أو دين مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى العبد فتختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد يحنث في الوجوه كلها وان لم ينوه

لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال أبو يوسف فى الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لايمنع وقوعه للسيد عندهما

(باب اليمين فى الاكل والشرب)

الانواع الثلاثة فيتقيد به وان كان الجمل مما يركب أيضا فى الاسفار و بعض الاوقات فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا و ينبغى ان كان الحالف من البدو أن ينعقد على الجمل أيضا بلا نية لان ركوبهم معتادا لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال دخل فى يمينه بلا نية واذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بأن نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لاتصح فى غير اللفظ وسيأتى تمامه فى الفصل الذى بعده ولو حمل على دابته مكرها لايحنث على وزان ماتقدم فى أول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة أو محمل أو دابة ولو ركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبى حنيفة الا أن ينوى دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فانه لايحنث حينئذ بركوبها وان نوى دابة العبد أيضا لانه لاملك للمولى فيه عند أبى حنيفة رحمه الله وأما انه لايحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين أو كان لكنه غير مستغرق الا أن ينوى به فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرضت اضافته الى العبد عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع وان باع نخلا قد أبرت فثمرته للبائع الا أن يشترط المبتاع أخرجه الستة كلهم عن الزهرى عن سالم عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم فاختلت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا له فقصر الاطلاق عن تناوله الا بالنية وقال أبو يوسف فى الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين أو عليه مستغرق أو غير مستغرق يحنث اذا نواه فتحقق خلافه لابى حنيفة فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند أبى حنيفة لايحنث لعدم ملك السيد لما فى يده وعند أبى يوسف هو مملوك للسيد وان استغرق فيحنث بنيته وقال محمد يحنث فى الوجوه الخمسة وهى ما اذا لم يكن عليه دين أو عليه دين مستغرق أو غير مستغرق نوى دابة العبد أو لم ينو لاعتباره حقيقة الملك فى الدابة المحلوف عليها أى انعقدت يمينه على كل دابة يملكها المحلوف على دابته ومافى يد المأذون ملك السيد وان كان مديونا مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعى وأحمد والظاهر أن أبا حنيفة رحمه الله أسعد بالعرف هنا فانه يقال هذه دابة عبد فلان وتلك دابة سيده فينصرف اليمين الى ما يضيفه العرف اليه لا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره وأقل ما يجب اذا صارت هذه الدابة تضاف الى كل منهما أن لا ينعقد عليها الا بقصدها لانه ان نظر الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها الا أن ينويها غير أنه يقول اذا كان دينه مستغرقا انقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك لان العرف ما كان يضيفه الى السيد مع اضافته الى العبد الا باعتبار ملكه فاذا انتفى انتفى

(باب اليمين فى الاكل والشرب)

الاحوال التى لا يحنث فيها فعلم منه أنه يحنث فى بعض الاحوال فقال اذا كان عليه دين مستغرق لايحنث وان نوى واذا كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لايحنث مالم ينوه فعلم من هذا أنه اذا لم يكن عليه دين أو كان غير مستغرق يحنث اذا نوى أو نقول الا هنا على معناه لانه لما قال لم يحنث مطلقا استثنى مايحنث فيه فكأنه قال اذا لم يكن عليه دين أو كان غير مستغرق فحينئذ يحنث اذا نوى (قوله وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث فى الوجوه كلها) وهى ما اذا لم يكن عليه دين أو كان عليه دين مستغرق أو غير مستغرق يحنث اذا نوى وقال محمد رحمه الله يحنث فى الوجوه كلها نوى أو لم ينو والله تعالى أعلم بالصواب

(باب اليمين فى الاكل والشرب)

قد ذكرنا أن أول ماىحتاج اليه الانسان السكن ثم الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين عليهما واعلم أن مايصل الى جوف الانسان لايخلو عن أربعة أوجه ماكول ومشروب وممصوص وملعوق فالماكول مايتاتى فيه المضغ والهشم لا الممضوغ حتى لو ابتلع مايتاتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى أكلا والمشروب مالايتاتى فيه ذلك فلو حلف لاياكل لبنا فشربه لايحنث ولو حلف لايشربه فثرد فيه وأكل لم يحنث والممصوص هو مايحصل بعلاج اللهاة فلو حلف لاياكل عنبا أو رمانا فمضغه ورمى ثفله وابتلع ماءه لم يحنث لا فى الاكل ولا فى الشرب والملعوق هو مايتناول بالجس بالاصبع والشفاه اذا عرف هذا رجعنا الى مافى الكتاب فقوله فهو على ثمرها يعنى اذا كانت لها ثمرة وأما اذا لم يكن فاليمين تقع على ثمنها لانه أضاف اليمين الى مالا يؤكل فينصرف الى مايخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز ومايخرج منه صالح لكونه مجازا لانه أى مالايؤكل سبب له فينصرف الى مايخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب مجاز شائع ولكن يشترط أن لايتغير

(قوله لاعتبار حقيقة الملك) أقول وفيه بحث

قال

قال (ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) لانه أضاف اليمين الى مالا يؤكل فينصرف الى مايخرج منه وهو الثمر لانه سببه فيصلح مجازا عنه لكن الشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل

أعقبه الخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل مابه بقاء البنية من الماكول والمشروب واليه الاشارة بقوله تعالى فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه على ما يقال والاكل ايصال مايتاتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلعه بلا مضغ والشرب ايصال مالا يتاتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ هكذا فى التجريد وذكر الزندويسى أن الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة عن عمل اللهاة فعلى هذا لو كان فى فمه شئ فحلف لاياكل فابتلعه ينبغى أن لا يحنث وفى فتاوى أبى الليث مايدل على انه يحنث وهو الصواب اذ لاشك فى انه أكل اذا كان مما يمضغ على تفسيره بايصال مايحيث يمضغ الى الجوف ولا شك أن قوله عمل الشفاه انما يراد حركتها فهو فى الكل و يلزم أن يحنث يبلع ما كان فى فمه لانه لابد من حركة شفتيه وهذا لانه لا يمكن أن يراد من عمل الشفاه هشمها والحق أن الذوق عمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف أو لا قيل فكل أكل ذوق وليس كل ذوق أكلا فيكون بينهما عموم مطلق ولا يخفى أن الاكل اذا كان ايصال مايحيث يهشم لم يكن عمل الفم معتبرا فى مفهومه وان كان قد يتحقق معه فقد لزم أن بينهما عموما من وجه فيجتمعان فى ايصال ماهشم فان الهشم عمل الفم أعنى الحنكين و ينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ مما يحيث يمضغ ولا يعرف طعمه الا بالمضغ كقلب اللوز والجوز لكن فى المحيط حلف لا يذوق فأكل أو شرب يحنث ولو حلف لاياكل أو لا يشرب لا يحنث بالذوق وما روى هشام حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو أن لا يصل الى جوفه الا أن يتقدمه كلام يدل عليه نحو أن يقول تعال تغد معى فحلف لا يذوق معه طعاما وشرابا فهذا على الاكل والشرب يدل على ان عدم الوصول الى الجوف ماخوذ من مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغى أن لا يحنث بالاكل فى الحلف على الذوق والذى يغلب ظنه أن مسئلة المحيط يراد بها الاكل المقترن بالمضغ أو البلع لما لا يتوقف معرفة طعمه على المضغ لانا نقطع بان ابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز ولا يحنث ببلعها واذا حلف لاياكل شيئا مما لا يتاتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنث ولو عنى بالذوق الاكل لم يصدق فى القضاء ولو حلف لاياكل عنبا أو رمانا فجعل يمصه و يرمى ثفله و يبتلع المتحصل بالمص لا يحنث لان هذا ليس أكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لاياكل لبنا فشربه لا يحنث ولو ثرد فيه فأوصله الى جوفه حنث ولو حلف لا يشرب لبنا فثرد فيه فأكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالعربية أما اذا حلف بالفارسية فانه يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب يسمى خوردن فاذا قال نمى خورم بلا نية تصدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لاياكل هذا الرغيف فجففه ودقه ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنث ولو أكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه بالماء يكون شربا لا أكلا فان بله بالماء فأكله حنث (قوله ومن حلف لاياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها) بالمثلثة أى مايخرج منها لانه أضاف اليمين الى مالا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم

الاكل ايصال الشئ الى جوفه بفيه مهشوما أو غير مهشوم ممضوغا أو غير ممضوغ مما يتاتى فيه المضغ والهشم والشراب ايصال الشئ الى جوفه بفيه مما لا يتاتى فيه المضغ والهشم فى حال ايصاله والذوق معرفة الشئ بفيه من غير ادخال عينه ألا ترى أن الاكل والشرب مفطر لا الذوق ولو حلف لاياكل عنبا أو رمانا فجعل يمضغه و يرمى بثفله و يبتلع ماءه لم يحنث لا فى الاكل ولا فى الشرب لان هذا يسمى مصا ولا يسمى أكلا ولا شربا ولو حلف أن لاياكل هذا اللبن فشربه لا يحنث وانما يحنث اذا ثرد فيه ولو حلف أن لا يشرب فثرد فيه فأكله لا يحنث قالوا هذا اذا كانت اليمين بالعربية فان كانت بالفارسية فأكل أو شرب كان حانثا وعليه الفتوى (قوله لكن الشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة لان بالصنعة يصير شيئا آخر والدليل عليه قوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما

بصنعة جديدة لان مايصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا عما اذا اطلق اسم الدبس على مايسيل من الرطب كما ذكره فى بعض المواضع من الذخيرة وغيره

(قوله لان مايصنع من ذلك الثمر ليس بثمر) أقول لو صح هذا لزم أن لا يحنث بأكل مايسيل من الرطب لانه ليس بثمر أيضا

والدبس المطبوخ (وان حلف لايا كل من هذا البسر فصار رطبا فا كله لم يحنث وكذا اذا حلف لايا كل من هذا الرطب أومن هذا اللبن فصار تمرا أو صار اللبن شيرازا لم يحنث) لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ما كول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام منهى عنه فلم يعتبر الداعى داعيا

أ كله لانه يمتنع الا كل قبل اليمين فيلغوا الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها الى ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة فى المسبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذى يسمى فى عرفنا صقر الرطب فانه يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقا ولذا عطف عليه فى قوله تعالى ليأ كلوا من ثمره وما عملته أيديهم وقيل لان ما تحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى أن من المذكورة فى كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية نعم من المذكورة فى التأويل أعنى قوله لا آ كل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكأنه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لايا كل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفى بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عند انتهاء نضج العنب ولانه كان كامنا بين القشر بخلاف ما لو حلف لايا كل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصراف اليمين الى ما يخرج فى الحلف لايا كل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به أى اذا اشترى به ما كولا * (فرع) * حلف لايا كل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة أخرى فا كل من ثمرة تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث (قوله وان حلف لايا كل من هذا البسر فصار رطبا فا كله لم يحنث وكذا اذا حلف لايا كل من هذا الرطب فصار تمرا أو من هذا اللبن فصار شيرازا) أى رائبا وهو الخاثر اذا استخرج ماؤه فا كله (لا يحنث) لان الاصل أن المحلوف عليه اذا كان بصفة داعية الى اليمين تقيد به فى المعرف والمنكر فاذا زالت زال اليمين عنه وما لا تصلح داعية اعتبر فى المنكر دون المعرف وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو الى اليمين بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فا كله أ كل ما لم تنعقد عليه ويخص اللبن وجه ذكره بقوله ولان اللبن ما كول فلا ينعقد الا على عينه لا على ما يصير اليه لان الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا بسمنه وزبده بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام معه منهى عنه فلم يعتبر ما يخال داعيا الى اليمين من جهله وسوء أدبه اذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بان الداعى قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بان الهجران قد يجوز أو يجب اذا كان لله بان كان

عملته أيديهم عطف على ما يعمل على التمر والعطف دليل المغايرة (قوله والدبس المطبوخ) قيد بالمطبوخ لانه يحنث فى الدبس الذى يسيل من الرطب وفى الذخيرة اذا حلف لايا كل من هذه النخلة شيئا فا كل من ثمرها أو طلعها أو بسرها أو دبسها حنث ثم قال وأراد بالدبس ما يسيل من الرطب اذا اتخذ من الدبس ناطفا أو نبيذا لا يحنث فى يمينه لان يمينه انصرف الى ما يخرج من النخلة والنبيذ والناطف لم يخرجا من النخل كذلك ولو حلف لايا كل من هذا الكرم شيئا فا كل من عنبه أو زبيبه أو عصيره حنث فى يمينه لان هذه الاشياء خارجة من الكرم أما العنب والزبيب فظاهر وأما العصير فلانه ماء العنب ولو أ كل من خله لا يحنث لانه ليس بخارج منه بهذه الصفة الشيراز هو اللبن الرائب الخاثر اذا استخرج منه ماؤه حتى صار كالقرلاط كالفالوذج الخاثر (قوله بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي ولو حلف لا يكلم صبيا يتقيد بالصبى وان كان حراما مهجورا

ذلك الوصف الى اليمين فيتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف فيتنزل منزلة الاسم ولذلك لا يحنث من حلف لايا كل من هذا البسر أو الرطب أو اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا وهو الذى استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الخاثر فان قيل فعلى هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغى أن لا يحنث لان الصبا مظنة السفه والشباب شعبة من الجنون فكانا وصفين داعيين الى اليمين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب أن لا يحنث أجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي الخ ووجهه أن القاعدة المذكورة تقتضى ذلك لكن الشرع أسقط اعتبارها لانه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات وهى موجودة حالة الشيخوخة فيحنث فى يمينه واعترض على دليل الكتاب بانا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن الحرام يقع محلوفا عليه كما لو قال والله لنشربن اليوم خمرا وأجيب بان الكلام فى أن الحقيقة يجوز أن تترك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على الصلاح وأما أن اليمين تنعقد على الحرام المحض

فى

فى الشرع (ولو حلف لايا كل لحم هذا الحمل فا كل بعد ما صار كبشا حنث) لان صفة الصغر فى هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه أ كثر امتناعا عن لحم الكبش قال (ومن حلف لايا كل بسرا فا كل رطبا لم يحنث) لانه ليس ببسر (ومن حلف لايا كل رطبا أو بسرا أو حلف لايا كل رطبا ولا بسرا فا كل مذنبا حنث عند أبى حنيفة وقالا لا يحنث فى الرطب) يعنى بالبسر المذنب ولا فى البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون فى ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آ كله آ كل البسر والرطب وكل واحد مقصود فى الا كل

يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو فساد عرضه بكلامه فلا نسلم أن الشارع منع الهجران مطلقا فحيث حلف لا يكلمه لا يحكم الا أنه وجد المسوغ واذا وجد اعتبر الداعى فتقيد بصباه وشبيبته ونذكر ما فيه فى المسئلة التى تليها (قوله ولو حلف لايا كل من لحم هذا الحمل فا كل منه بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر فى هذا ليست داعية الى اليمين فلا تتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به كبشا لوجود ذاته فيه وانما قلنا ليست داعية لان الصغر داع الى الا كل لا الى عدمه فالممتنع عنه مع صلوحه أشد امتناعا عنه كبشا وفى هذا نظر لان الحمل ليس محمودا فى الضان لكثرة رطوبته وبانه زيادة حتى قيل فيه النحس بين الجيدين بخلافه كبشا فان لحمه حينئذ أ كثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوبته فصار كالحلف لايا كل من هذا الرطب فا كله تمرا لا يحنث واعلم ان ايراد مثل هذا وما قبله فى مسئلة لا أ كلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان أنها انبنت على العرف فيصرف اللفظ الى المعتاد فى العمل والعرف فى القول وان المتكلم لو أراد معنى تصح ارادته من اللفظ لا يمنع منه ففى مسئلة الحمل العموم يفضلونه وهو عندهم غذاء فى غاية الصلاح وما يدرك نحسه الا أفراد عرفوا شيأ من الطب فوجب بحكم العرف اذا لم يكن له نية أن يصرف اليمين الى ذات الحمل لانه لما كان صالحا فى الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم أنه على خلافهم فينصرف حلفه اليهم فيلزم أن لا تعتبر الحملية قيدا وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفى الشرع لم يجعل الصبا داعية الى اليمين فى حق العموم فينصرف الى ذاته وهذا لا ينفى كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء أدب صبي علم أنه لا يردعه الا ترك الكلام معه أو علم أن الكلام معه يضره فى عرضه أو دينه فعقد يمينه فى الاول على مدة كونه حملا وفى الثانى على مدة صباه فانا نقول لو أراد حالف تقييده بالحملية والصبا لم نمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها وانما الكلام اذا لم ينو شيأ فانما يسلك به ما عليه العموم أخطؤا فيه أو أصابوا فليكن هذا منك ببال فانك تدفع به كثيرا من أمثال هذا الغلط المورد على الائمة (قوله ومن حلف لايا كل بسرا فا كل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر) واليمين انعقدت على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا أنها داعية لليمين (قوله ومن حلف لايا كل بسرا أو رطبا أو حلف لايا كل بسرا ولا رطبا فا كل بسرا مذنبا) بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من ذنبه (حنث عند أبى حنيفة وقالا لا يحنث) هكذا ذكر المصنف الخلاف وأ كثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافى الحاكم وشرح الطحاوى للاسبيجابى وشروح الجامعين والايضاح

شرعا لانه صار مقصودا بالحلف لكونه هو المعرف للمحلوف عليه فيجب تقييد اليمين به وان كان حراما كمن حلف ليشربن اليوم خمرا أو ليسرقن الليلة يتقيد اليمين وان كان حراما لصيرورة الشرب والسرقة مقصودين باليمين فيحنث ان لم يشرب أو لم يسرق كذا هنا (قوله فصار كما اذا كان اليمين على الشراء) بان حلف لا يشترى رطبا فاشترى بسرا مذنبا أو لا يشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب أو لا يشترى شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لم يحنث (قوله فيكون آ كله آ كل البسر والرطب) ولهذا لو ميزه فا كله يحنث اجماعا فكذا اذا أ كله مع غيره فان قيل لو حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب لا يحنث وان

عامته بسر وفيه شئ من الرطب حنث فى يمينه فى قولهم وكذا اذا حلف لايا كل رطبا فا كل مذنبا وهو الذى عامته رطب وفيه شئ من البسر حنث فى قولهم ولو حلف لايا كل بسرا فا كل رطبا فيه شئ من البسر حنث فى قول أبى حنيفة وقالا لا يحنث ولو حلف لايا كل رطبا فا كل بسرا فيه شئ من الرطب حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب وذكر فى الايضاح وشروح الجامع الصغير قول محمد مع أبى حنيفة فى أنه يحنث فى هاتين الصورتين وقال صاحب النهاية والله أعلم بصحته لهما أن الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف لايا كل بسرا وأ كل الرطب المذنب فقد أ كل الرطب لا البسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشترى رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث (وله أن الرطب المذنب ما يكون فى ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آ كله آ كل البسر والرطب) فيحنث فى الصورتين وان كان أحدهما غالبا والآخر مغلوبا ألا ترى أنه لو ميزه فا كله حنث بالاتفاق فكذا اذا أ كله مع غيره واستشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشرب به لم يحنث وان شرب المحلوف عليه وزيادة وأشار المصنف الى الجواب عنه بقوله (وكل واحد مقصود فى الا كل) يعنى بخلاف صورة اللبن فان اللبن لما صب فيه الماء شاع وماع فى جميع أجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لا يرى مكانه فلم

بخلاف الشراء لانه يصادف الجلة فيتبع القليل فيه الكثير (ولو حلف لا يشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث) لان الشراء يصادف الجلة والمغلوب تابع (ولو كانت اليمين على الاكل يحنث) لان الاكل يصادفه شيأ فشيأ فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشترى شعيرا أولا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث فى الاكل دون الشراء لما قلنا (ومن حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث) والقياس أن يحنث لانه يسمى لحما فى القرآن وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من

والاسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن خطا خلاف ما ذكر فيها قول محمد مع أبى حنيفة رحمهما الله وصور المسئلة أربع اتفاقيتان وهما ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا وما اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا فانه يحنث فى هاتين اتفاقا وخلافيتان وهما ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وما اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فانه يحنث فى هاتين عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف وجه قول أبى يوسف أن البسر المذنب لا يسمى رطبا لان الرطب فيه مغلوب وأن الرطب الذى فيه شئ من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا يحنث وكذا لا يحنث فى شرائهما بحلفه لا يشترى بسرا أو رطبا ووجه قولهما ان أكل ذلك الموضع هو أكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لان أكل كل جزء مقصود لانه يمضغ و يبلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فانه يتعلق بجملة المشترى منهما فيكون القليل فيه تبعا الكثير وكذا لو حلف أن لا يشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا وكذا لو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد فى كافيه وقد يقال أولا التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فأكله وحده أما لو أكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية فى الاكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذى فيه بقعة بسر لا يقال لآكله آكل بسر فى العرف فكان قول أبى يوسف أقعد بالمبنى والله أعلم (قوله ومن حلف لا يأكل لحما الخ) تنعقد هذه اليمين على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا وفى حنثه بالنىء خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه أبى الليث يحنث فلو أكل لحم السمك لا يحنث والقياس أن يحنث وهو رواية شاذة عن أبى يوسف لانه سمى لحما فى القرآن قال تعالى لتأكلوا منه لحما طريا أى من البحر وهو السمك و به استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا فرجع الى أبى حنيفة فأخبره فقال ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض فسأله فقال لا يحنث فقال أليس انه قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كأنك السائل الذى سألنى أمس فقال نعم فقال سفيان لا يحنث فى هذا ولا فى الاول فرجع عن ذلك القول وظهر أن تمسك أبى حنيفة انما هو بالعرف لا بما ذكره المصنف فى وجه الاستحسان أن التسمية التى وقعت فى القرآن مجازية لا حقيقية لان اللحم منشؤه من الدم ولا دم فى السمك لسكونه الماء ولذا حل بلا ذكاة فانه ينقض بالالية فانها تنعقد من الدم ولا يحنث بأكلها لمكان العرف وهو أنه لا يسمى لحما ولا تذهب أوهام أهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم ولذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد مخالفا وأيضا مع أن اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان لا تبنى على الاستعمال القرآنى ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا أو لا يجلس على وتد فجلس على

شرب المحلوف عليه وزيادة قلنا اللبن بانصباب الماء فيه يشيع فى جميع أجزاء الماء فيصير مستهلكا حتى لا يرى مكانه وهنا يرى مكانه وكان قائما زمان التناول فان قيل الحنث يكون بالمضغ والابتلاع وعند ذلك يصير مستهلكا ولا يرى مكانه ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل حنطة فأكل شعيرا فيه حبات حنطة ان أكل حبة حبة حنث وان جمع بين الحبات من النوعين فى الاكل لا يحنث لانها تصير مستهلكة عنده قلنا نعم كذلك ولكن معنى الاستهلاك ثمة أوضح لانه حينئذ لا يجد من طعم الحنطة شيأ فى حلقه بخلاف ما لو أكل بسرا مذنبا أو رطبا

يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب وقوله (بخلاف الشراء) جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر وقوله (ولو حلف لا يشترى رطبا) كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر (ومن حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث) والاصل فيه أن اللفظ اذا تناول أفرادا وفى بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم فى السمك ضعيف وقال المصنف لا دم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق وموضعه أصول الفقه

قال المصنف (وجه الاستحسان أن التسمية مجازية لان اللحم منشؤه من

الدم

(وان أكل لحم خنزير أو انسان حنث لانه لحم حقيقى الا أنه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام) واعترض بان الكفارة

الدم ولا دم فيه لسكونه فى الماء (وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنث) لانه لحم حقيقى الا أنه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام (وكذا اذا أكل كبدا أو كرشا) لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل فى عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما (ولو حلف لا يأكل أو لا يشترى شحما لم يحنث الا فى شحم البطن عند أبى حنيفة وقالا يحنث

جبل لا يحنث مع تسميتهما فى القرآن دابة وأوتادا وهذا كله اذا لم ينو أما اذا نواه فأكل سمكا طريا أو مالحا حنث *(فرع)* لو حلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه لا يحنث الا اذا كان نواه (قوله وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنث) لانه لحم حقيقة الا أنه حرام واليمين تنعقد على الحرام منعا وحلا وان وجب فى الحل أن يحنث بخلاف النذر للنص لا نذر فى معصية الله تعالى ولما كان يرد عليه أن الايمان تبنى على العرف ولا تذهب الاوهام فى أكل اللحم الى أكل لحم الآدمى والخنزير وان سمى فى العرف لحم الآدمى لحما وكذا لحم الخنزير لان الواجب العرف فى قولنا أكل فلان لحما كما فعلنا فى لا يركب دابة فلان اعتبر العرف فى ركب فان المتبادر منه ركوب هذه الانواع فتقيد الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابى خلافه فقال قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغى أن لا يحنث لان أكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف قال وهو الصحيح وفى الكافى عليه الفتوى وما قيل العرف العملى لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه فى نكاح الفضولى ردا على المصنف هنالك وأورد أن الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تجب بفعل هو حرام محض وأجيب بان الحل والحرمة انما يراعيان فى السبب والسبب فى وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا باليمين والحنث وانما علق بهما حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة الاباحة لليمين والحظر للحنث وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من أن السبب هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعى والقاء الشراشر عليه وكان يغنى عن التهالك فى اثباته فيما تقدم تسليم أن اليمين سبب ولكنا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر وحينئذ لا خلاف بيننا و بينهم و يوجب بطلان ما اتفقوا عليه فى الجواب من أن الاضافة فى كفارة اليمين الى الشرط لا الى السبب وكل هذا بسبب التزام أن الكفارة فى اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلناها جبرا لحرمة اسم الله تعالى الفائتة بالحنث معصية كان الحنث أو طاعة واجبة أو مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحال أن يكون حراما وما ظن من أنه يصح واجبا حراما من وجهين توهم والا فمعنى الواجب والحرام ما تعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوب العدم مطلوب الايجاد فى وقت واحد فليس ذلك الا وهما من الاوهام ومثله فى كفارة الاحرام تثبت ولا جناية اذا كان مريضا أو به أذى من رأسه (قوله وكذا اذا أكل كبدا أو كرشا) أو رئة أو قلبا أو طحالا يعنى يحنث لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل فى عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال فى الخلاصة هذا فى عرف أهل الكوفة وفى عرفنا لا يحنث وذكره فى المحيط أيضا ولو أكل الرأس والاكارع يحنث وبه قال الشافعى فى الاصح ولا يحنث بأكل الشحم والالية الا اذا نواه فى اللحم بخلاف شحم الظهر يحنث به بلا نية لانه تابع للحم فى الوجود ويقال فى العرف لحم سمين (قوله ولو حلف لا يأكل أو لا يشترى شحما لم يحنث الا فى شحم البطن عند أبى حنيفة وقالا يحنث

مذنبا لانه يجد فى حلقه شيأ من حموضة البسر وحلاوة الرطب وقيل الجواب فيهما واحد (قوله وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة) والصحيح أنه لا يحنث بلحم الخنزير والآدمى لان أكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف وذكر الزاهدى العتابى أنه لا يحنث وعليه الفتوى (قوله وقالا يحنث فى شحم الظهر) وذكر الطحاوى قول محمد رحمه الله مثل قول أبى حنيفة رحمه الله لابى يوسف رحمة الله تعالى عليهما ان شحم الظهر يذاب ويصلح لما يصلح له الشحم فكان كشحم البطن ألا ترى أن الله تعالى استثنى شحم الظهر من الشحوم حيث قال ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو الحنطة

فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض وأكل لحم الخنزير والانسان حرام محض فكيف يتعلق وجوبها به وأجيب بان هذه مغالطة لان الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له فى ذلك أشار الى هذا قوله واليمين قد تعقد للمنع من الحرام قوله (وكذا اذا أكل كبدا) ظاهر

الدم ولا دم فيه لسكونه فى الماء) أقول فيكون قاصرا فى اللحمية والقاصر يعامل به معاملة المجاز لا أن يكون مجازا قال المصنف (وان أكل لحم خنزير أو لحم انسان يحنث) أقول قال صاحب الكافى وذكر الزاهدى العتابى لا يحنث وعليه الفتوى اهـ قوله وعليه الفتوى من كلام صاحب الكافى فافهم قال الزيلعى فكأنه اعتبر العرف ولكن هذا عرف عملى فلا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظى ألا ترى انه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على انسان للعرف اللفظى فان العرف لفظا لا يتناول الا الكراع وان كان فى اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا حنث بالركوب على الانسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملى وهو انه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا اهـ العرف العملى يصلح مقيدا عند مشايخ بلخ كما ذكر فى كتب الاصول فى مسئلة اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا

في شحم الظهر أيضا) وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله أنه لحم حقيقة ألا تراه أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فأما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال (ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحما وشحما فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث) لأنه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

في شحم الظهر وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار) فلزم كونه من نفس مسماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فيحنث به (وله أنه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم) في اتخاذ ألوان الطعام والقلايا فيجعل قطعا ويأتي فيها اليؤكل أكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم (وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أن لا يأكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على أن لا يبيع شحما) والقاطع بنفي قولهما أن العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى بائعه شحاما في العرف وبائع ذلك يسمى لحاما والايمان لا تبنى على الاسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما في آية الاستثناء وقول بعض الشارحين شحم الظهر اما ألية أو لحم أو شحم لا قائل انه ألية وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وأيضا يقال له شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين أنه شحم فيحنث بأكله بعد ما ذكرنا لا يفيد على أنا نمنع كونه ليس بلحم والاستدلال عليه بانه يذوب معارض بانه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرناه به يلزم كون الذوب ليس لازما مختصا واللوازم جاز كونها مساوية للملزومها وكونها أعم منه فتشترك الانواع المتباينة في لازم واحد فجاز كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك وكذا نمنع أنه لا يقال له لحم الظهر بل نقطع أنه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر أو من الظهر لم يعد مخطئا ولذا صحح غير واحد قول أبي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع أبي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الاصح وما في الكافي من قوله فصارت الشحوم أربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم قال الامام السرخسي أن أحدا لم يقل بان مخ العظم شحم اه وكذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف في تسميته شحما (قوله وقيل هذا) أي الخلاف فيما اذا قال بالعربية فأما اسم پيه بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا عقد بالفارسية بان قال نمي خورم پيه ثم أكل شحم الظهر (قوله ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري لحما أو قال شحما فاشترى ألية أو أكلها لم يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم) والحق أنه لا يحنث به في حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية ولا في يمين الشحم خلافا لاحمد للعرف والعادة وأما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا أن يراد جميع استعمالاته *(فروع)* حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم عنز يحنث وقال أبو الليث لا يحنث مصريا كان الحالف أو قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف لا يأكل لحم بقر فأكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لانه نوع لا يتناول الاعم وفي فتاوى قاضيخان ينبغي أن لا يحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا يأكل طعاما سماه فمضغه حتى دخل جوفه شيء من مائه ثم ألقاه لا يحنث ولو فعل هذا في العنب فازدرد فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب حنث لانه أكل الاكثر ولو حلف لا يأكل شيأ من الحلوى فأي شيء أكله من الحلوى من

ما اختلط بعظم وحقيقة الاستثناء أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم أربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن واتفقوا على أنه يحنث في شحم البطن والثلاثة على الاختلاف وله أنه لا يطلق اسم الشحم على اللحم السمين ولهذا لو حلف لا يأكل لحما فأكل شحما يحنث وكيف يكون شحما مع كونه لحما ويقال له اللحم السمين بالعربية وبالفارسية فربه ى لا پيه وأما

ومن

(ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة

الخبيص أو العسل أو السكر أو الناطف حنث ذكره في الاصل قال الامام النسفي في شرح الشافي هذا في عرفهم أما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص ولو حلف لا يأكل ملحا فأكل طعاما مالحا يحنث كما لو حلف لا يأكل الفلفل فأكل طعاما فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل في الفلفل يحنث لان عينه غير مأكول فينصرف اليمين الى ما يتخذ به بخلاف الملح فلا يحنث ما لم يأكل عينه مفردا أو مع غيره الا اذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح وبقول الفقيه يفتى وفي الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح ختنه فأخذ ماء وملحا وجعلهما في العجين لا يحنث لانه تلاشى ولو حلف لا يأكل لبنا فطبخ بارزا فأكله ذكر النسفي لا يحنث وان رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء وفي مجموع النوازل اذا كان يرى عينه ويوجد طعمه يحنث ولو حلف لا يأكل زعفرانا فأكل كعكا على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصا فأكله يحنث الا اذا وجد طعمه ولم ير عينه فلا يحنث وكذا على هذا التمر اذا حلف لا يأكله فجعله عصيدة فأكلها لا يحنث وفي أكل هذا السكر لا يحنث بمص مائه ولا يأكل لحما يشتريه فلان فأكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث وعلى أن ليس في بيته مرقة وهي في بيته قليلة لا يعدها اذا علم بها أو كثيرة فاسدة لا يحنث ولا يأكل من هذا القدر وقد غرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث بأكله كالو سحنت المحلوف على طعامها ما طبخه غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بايقاد النار وقيل لو أوقد غيرها فوضعت هي القدر لا يحنث اه وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ يعني معينه والطباخ هو المركب بوضع التوابل وان لم يوقد وفي المنتقى عن محمد حلف على ما لا يؤكل أن لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فأكله حنث ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فأكله لا يحنث فتعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا يأكل مما يملكه فلان فأكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث وكذا مما اشتراه اذا باعه فأكله وكذا من ميراثه اذا أخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف ما زرع فلان يحنث به عند الزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشراء أما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره وأكل منه لا يحنث ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فأكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب ومات فورث عنه فأكله حنث ولو انتقل بشراء أو هبة أو وصية ونحوها لم يحنث ولا يشتري ثوبا مسه فلان فمسه فباعه منه حنث حلف لا يأكل حراما فاشترى بدرهم غصب طعاما فأكله لا يحنث لما عرف أن الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليه اثم الدرهم أما لو أكل خبزا غصبه حنث ولو اشترى بذلك الخبز لحما لا يحنث يعني اذا أكل اللحم ولو أكل لحم كلب أو قرد لا يحنث عند أسد بن عمرو وقال نصر به نأخذ وقال الحسن كله حرام قال الفقيه أبو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا وهو حسن ولو اضطر لاكل الحرام أو الميتة اختلفوا والمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب برا فطحنه ان أعطى مثله قبل أن يأكله لم يحنث وان أكله قبل ذلك حنث لان الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان وفي الاجناس المعتوه والمكره اذا فعلا شيأ حراما فهو ليس بحلال لهما ولو أكل من الكرم الذي دفعه معاملة لا يحنث أما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لانه عقد فاسد وانما أكل ملك نفسه (قوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة (لم يحنث حتى يقضمها) يعني ولا نية له) غير نيئة ولو قضمها

الاستثناء فهو منقطع بدليل استثناء الحوايا فان قيل المراد ما حملته الحوايا من الشحم قلنا ذلك اضمار وهو خلاف الاصل والانقطاع في الاستثناء وان كان خلاف الاصل لكنه يثبت اذا دل الدليل وقد دل الدليل ههنا وهو قوله أو ما اختلط بعظم لان أحدا لم يقل بان مخ العظم شحم وقيل لو كانت يمينه على الشراء لا يحنث بشحم الظهر اتفاقا لان الشراء لا يتم الا بالبائع وبائع شحم الظهر يسمى لحاما لا شحاما بخلاف الاكل عندهما لان الاكل يتم بالآكل وحده وشحم الظهر شحم عندهما وبان لا يحنث في فصل الشراء لا يدل على أنه ليس بشحم عندهما فقد أكل الشحم فيحنث ألا ترى أن من حلف لا يشتري طعاما فاشترى خبزا لم يحنث لان بائعه يسمى

وقوله (ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها) والقضم الاكل باطراف الاسنان من باب لبس وانما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على أكل حنطة لا بعينها ينبغي أن يكون الجواب على قول أبي حنيفة كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكر شيخ الاسلام في أيمان الاصل وهذه المسئلة على أوجه أحدها أن لا يأكل حبا كما هي فأكل من خبزها أو سويقها لا يحنث بالاتفاق لانه أراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها والثاني أن ينوي أن لا يأكل ما يتخذ منها لا يحنث بأكل عينها كذلك والثالث أن لا يكون له نية فأكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة خلافا لهما والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب ومبناه على أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه أصول الفقه

وقالا ان أكل من خبزها حنث أيضا) لانه مفهوم منه عرفا ولابى حنيفة أن له حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤكل قضما وهى قاضية على المجاز المتعارف على ماهو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه فى دار فلان واليه الاشارة بقوله فى الخبز حنث أيضا (ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه

(ولو حلف لايأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث) بالاتفاق (لان عينه غير مأكول) فكانت الحقيقة متعذرة فصار الى المجاز وهو ما يتخذ منه

نية لم يحنث وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها أو سويقها وهو قول الشافعى وقالا ان أكل من خبزها أيضا حنث لان الاكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولابى حنيفة أن له حقيقة مستعملة يعنى يستعمل لفظ أكل الحنطة حقيقة أى فى معناه الحقيقى وهو أن يأكل عين الحنطة فانه معنى ثابت فان الناس يغلون الحنطة ويأكلونها وهى التى تسمى فى عرف بلادنا بليلة وتقلى أى توضع جافة فى القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد حقيقة القضم بخصوصها وهو الاكل بأطراف الاسنان بل أن يأكل عينها بأطراف الاسنان أو بسطوحها فاذا ثبت للفظ حقيقة مستعملة فهى أولى عند أبى حنيفة من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الحنطة أكل خبزها وصار كما اذا حلف لايأكل من هذه البقرة أو الشاة فأكل لبنها أو سمنها أو زبدها أو من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها اذا كانت مأكولا وهما يعكسان هذا الاصل ويريان المجاز المتعارف أولى ورجح قولهما بأن المتكلم انما يريد العرف فاذا لم يكن له نية انصرف اليه بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فانه ليس للفظ مجاز أشهر ليرجح على الحقيقة والذى يغلب أن التعارف والاكثرية لوجود المعنى وهو نفس فعل أكل خبز الحنطة لا لاستعمال لفظ أكلت اليوم الحنطة أولا آكل حنطة فيه بل لفظ أكلت حنطة يحتمل أن يراد به أكل عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيترجح قول أبى حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا يقال أكثرية المعنى توجب أكثرية اللفظ الذى يدل به عليه لانا نقول لا يلزم ذلك الا اذا لم يكن الا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لانه يقال أكلت خبز الحنطة ويقال أكلت الحنطة بل الآن لا يتعارف فى أكل الخبز منها الا لفظ آخر وهو أكلت الخبز اللهم الا أن ينوى أكل الخبز فيحنث به لا بالقضم أو القضم فلا يحنث بأكل الخبز اتفاقا وقضم يقضم بكسر العين فى الماضى وفتحها فى المستقبل وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وصححها فى الذخيرة ورجح شمس الائمة وقاضيخان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف واليه الاشارة بقوله حنث فى الخبز أيضا فانه يفيد أنه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه فى دار فلان يحنث بالدخول زحفا لجعله مجازا فى الدخول ولو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لابى يوسف فيحتاج أبو يوسف الى الفرق بين الخبز والسويق والفرق ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد بها الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وهذا الخلاف اذا حلف على حنطة معينة أما لو حلف لايأكل حنطة ينبغى أن يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الاسلام ولا يخفى انه تحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده فى جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو أن عينها مأكول (قوله ولو حلف لايأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه) فيحنث بعصيدته وفى النوازل لو اتخذ منه خبيصا أخاف أن يحنث فلو استف عينه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا فى العرف فلا يحنث بغيره الا أن ينويه واذا نواه لا يحنث بأكل الخبز وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال يحنث لانه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما

لحاما ولو حلف لايأكل طعاما يحنث بأكل اللحم لان الاكل يتم بالاكل وحده ومن حلف لا يشترى حديدا فاشترى درعا من حديد لا يحنث لان بائعه يسمى زرادا لا حدادا ولو حلف لا يمس حديدا فمس درعا حنث لان المس يتم به وحده وقيل فصل الشراء على الخلاف وهو اختيار صاحب الهداية رحمه الله حيث جمع بين الاكل والشراء وذكر فيه الخلاف واختلاف المشايخ فى تعيين محل الخلاف قال بعضهم الخلاف فى اللحم السمين على الظهر فعلى هذا كلام أبى حنيفة رحمه الله أظهر (قوله وقالا ان أكل من خبزها حنث أيضا)

ولو

(ولو استفه)أى أكله من غير مضغ (لا يحنث هو الصحيح) وانما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض مشايخنا انه يحنث لانه أكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لاتسقط به وهذا لان عين الدقيق مأكول والاصح انه لا يحنث لان هذه الحقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدى حر فزنى بها لم يحنث لان يمينه لما انصرف الى العقد لم يتناول حقيقة الوطء وقوله (ولو حلف لايأكل خبزا) على ما ذكره ظاهر وطبرستان هى آمل وولايتها وقيل أصلها تبرستان لان أهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعبروه الى طبرستان وقوله (ولو حلف لايأكل الشواء) ظاهر وقوله (وهذا لان التعميم متعذر) لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم بيقين أنه لم يرد ذلك (فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء) قالوا قيد بقوله بالماء لان القلية اليابسة لاتسمى مطبوخا فلا يحنث بأكلها

(ولو استفه كما هو لا يحنث) هو الصحيح لتعين المجاز مرادا (ولو حلف لايأكل خبزا فيمينه على ما يعتاده أهل المصر أكله خبزا) وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد فى غالب البلدان (ولو أكل من خبز القطائف لا يحنث) لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمل كلامه (وكذا لو أكل خبز الارز بالعراق لم يحنث) لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو فى بلدة طعامهم ذلك يحنث (ولو حلف لايأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر) لانه يراد به اللحم المشوى عند الاطلاق الا أن ينوى ما يشوى من بيض أو غيره لمكان الحقيقة (وان حلف لايأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم) وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا

تعين ارادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدى حر فزنى بها لا يحنث لانصراف يمينه الى العقد فلم يتناول الوطء الا أن ينويه (قوله ولو حلف لايأكل خبزا فيمينه على ما يعتاده أهل مصره خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه المعتاد فى غالب البلدان) ولو كان أهل بلده لا يعتادون أكل الشعير لا يحنث به ولو اعتادوا خبز الذرة كالحجاز واليمن حنث بأكله ولا يحنث بأكل القطائف وينبغى أن يحنث بأكل الكماج لانه خبز وزيادة فالاختصاص باسم للزيادة لا للنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا وفى الخلاصة حلف لايأكل من هذا الخبز فأكله بعد ما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا ولا يحنث بالعصيد والططماج ولا يحنث لو دقه فشرب به وعن أبى حنيفة فى حيلة أكله أن يدقه فيلقيه فى عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث فى خبز الارز الا أن يكون هذا الحالف فى بلدة يعتادونه كما فى طبرستان والنسبة اليها طبرى وهو اسم آمل وأعمالها قال السمعانى سمعت القاضى أبا بكر الانصارى ببغداد يقول انما هى تبرستان لان أهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان وقال القتبى طبرستان معناه بالفارسية أخذ الفاس بيده اليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو معرب تبر وهذا لا ينافى ما قال السمعانى بقليل تأمل (قال العبد الضعيف غفر الله تعالى له وقد سئلت لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير ندخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل الا الشعير فحلف لايأكل خبزا فقلت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم (قوله ولو حلف لايأكل شواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر) المشويين لانه يراد به فى العرف ذلك عند الاطلاق الا أن ينوى غير ذلك مما يشوى من بيض أو غير ذلك كالفول الاخضر الذى يسمى فى عرفنا شوى العرب وقولنا فى ذلك قول أحمد (قوله ولو حلف لايأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم) يعنى بالماء حتى ان ما يتخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان الدواء مما يطبخ وكذا الفول الذى يسمى فى عرفنا الفول الحار ولا يقال لآكله آكل طبيخا فينصرف الى خاص هو أخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الا أن ينوى غيره من الباذنجان مما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضى أن لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفى الخلاصة يحنث بالارز اذا

لانه مفهوم منه عرفا يقال أهل بلدة كذا يأكلون الحنطة والمراد باطن الحنطة وذا عام يتناول عينها وما يتخذ منها فوجب العمل لعموم المجاز كمن حلف لا يضع قدمه فى دار فلان يحنث بالدخول حافيا ومتنعلا وراكبا وراجلا لانه مجاز عن الدخول ومحمد رحمه الله مر على أصله فى السويق المتخذ منه لانه أكل المتخذ منه وأبو يوسف رحمه الله خالف أصله لان حلفه انما يقع على المتخذ منه عرفا ولا عرف فى السويق والجواب لابى حنيفة رحمه الله عن قولهما أن التعارف فى الحنطة المطلقة لا فى هذه الحنطة فعلى هذا اذا حلف لايأكل الحنطة يجب أن لا يحنث بأكل الحنطة عندهم جميعا كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله (قوله ولو استفه كما هو لم يحنث وقيل يحنث لانه أكل الدقيق حقيقة ولو عنى أكل الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز لانه حقيقة كلامه (قوله وان حلف لايأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم) أى بالماء وأما القلية اليابسة فلا تسمى مطبوخا

(ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير) أي يطم به التنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في جيب قميصه اذا أدخله فيه
(و يباع في المصر) لان رأس الجراد رأس حقيقة وليس بمراد فيصرف الى المجاز المتعارف وفسره في الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب
واعترض على هذا بان لحم الخنزير والانسان لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لا يأكل لحما

وان أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا (ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير و يباع في المصر) و يقال يكنس (وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر (ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وان أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد حنث في العنب والرطب والرمان أيضا) والاصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام و بعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد

طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت أو سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم أيضا ولا شك أن اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام في أنه هو المتعارف الظاهر أنه لا يختص به ولو أكل من مرق اللحم حنث قال المصنف لما فيه من أجزاء اللحم وهذا يقتضي أن من حلف لا يأكل لحما فأكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث وقد منا من المنقول خلافه. والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما في العرف (قوله ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير) في تلك البلدة و يباع فيها من رؤس الابل والبقر والغنم وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤس البقر والغنم عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف في زمنه فيها ثم صار في البقر والغنم فرجع أبو حنيفة عن انعقاده في حق رؤس الابل وفي زمانهما في الغنم خاصة فوجب على المفتي أن يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري رحمه الله وأورد أن العادة كما هي في الرؤس مقتصرة على رؤس الغنم أو البقر معها كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يحل اذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير وأكله مع أن اليمين انعقدت باعتبارهما فحنث بأكل لحمهما اذا حلف لا يأكل لحما أجيب بان الاصل في جنس هذه المسائل أنه فيها يجب العمل بالحقيقة يعني اللغوية فان لم يمكن وجب اعتبار التعارف حينئذ واللحم يمكن فيه أكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس لا يمكن أكل حقيقتها اذ هي مجموع العظم مع اللحم فيصير الى المتعارف ونقض بالشراء فانه يمكن في الرؤس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على العموم فيها أجيب بالمنع بل من الرؤس ما لا يمكن بيعه كرأس الآدمي وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسئلة الحالف لا يركب دابة أنه لا يحنث اذا ركب كافرا وهو دابة حقيقة فامكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فان امكان العمل بحقيقة عمومه منتف اذ من الدواب النمل وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من أن المتكلم انما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدم نيته أن يحكم بان المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس الابتناء على هذا الاصل ولو كان هذا الاصل المذكور منظورا اليه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع (قوله ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وان أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث) وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والاجاص

وهذا استحسان والقياس أن يحنث في اللحم وغيره مما هو مطبوخ ولكن الاخذ بالقياس متعذر حيث ينسد عليه باب المطعومات والمسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم أنه لو لم يرد به ذلك فحملناه على خاص وهو متعارف وهو اللحم لانه الذي يطبخ في العادات الظاهرة ومتخذه يسمى طباخا فاما من طبخ الآخر فلا يسمى طباخا

وأجيب بما حاصله الفرق بان الرأس غير ما كول بجميع أجزائه لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الاسواق وأما اللحم فيؤكل بجميع أجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث بأكل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة ان لم تكن متعذرة فهي مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفي المهجور شرعا يصار الى المجاز كما في المهجور عادة قلت المهجور شرعا هو الذي لا يكون شئ من افراده معمولا به كالحلف على ترك كلام الصبي وهنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشراء فان الرأس يشترى بجميع أجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة وأجيب بان من الرؤس ما لا يجوز اضافة الشراء اليه كرأس النمل والذباب والآدمي فكانت متعذرة وقوله (ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وان أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث وهذا عند أبي حنيفة وقالا يحنث في العنب والرطب والرمان أيضا) يعني لا في القثاء والخيار وكانت المسألة على ثلاثة أوجه في وجه يحنث بالاتفاق وهو أن يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو أن يأكل الخيار والقثاء

(قوله قلت المهجور شرعا الخ) أقول ويمكن أن يجاب بوجه آخر

لانه يؤكل مع البقول وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم تكن له نية وكلامه ظاهر الا ما نذكره

والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا وأكلا فلا يحنث بهما وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها او يتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو من الاقوات (ولو حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام

الكمثرى وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحنث في العنب والرطب والرمان أيضا والاصل المتفق عليه أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام و بعده أي يتنعم و يتلذذ به زيادة على المعتاد من الغذاء الاصلي ولهذا يقال النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه أي في معنى التفكه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا في الحالين فان خصت العادة التفكه باحدى الحالتين دون الاخرى كالبطيخ فانها خصت التفكه به في حال رطوبته دون حال يبسه لم يحنث باكله يابسا وهذا المعنى أي معنى التفكه بان يؤكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقا وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا وأكلا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقا وأما العنب والرطب والرمان وهي محل الخلاف فوجه قولهما أن معنى التفكه موجود فيها بل هي أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وأبو حنيفة يقول هي مما يتغذى بها منفردة حتى يستغني بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولا ينكر أنها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل أصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث باحدها الا أن ينوي به فيحنث بالثلاثة اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن الاقوات وهو التمر والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لا يعدونها من الفواكه فافتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فافتيا به فان قيل الاستدلال المذكور لابي حنيفة يخالف هذا الجمع فان مبنى هذا العرف والاستدلال المذكور صريح في أن مبناه اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك أن ذلك لغة والتفكه بالشئ ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه أصالة وهذا معنى اللغة واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائما فقصر الخ أمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما فان قيل وفيه دليل على عدم ما ذكرته آنفا من أن المعتبر اللغة الا أن لا يمكن فيعتبر العرف فان هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك فالجواب أنه غير لازم لجواز أن يمنعا كون الاستقلال به أحيانا بالنسبة الى بعض الناس يؤثر في نقص كونه مما يتفكه به (قوله ومن حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به فهو ادام) كالخل والزيت

(قوله والرطب واليابس فيه سواء) يعني أن ما كان فاكهة لا فرق بين رطبه و يابسه بعد أن يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ لان التفكه به غير معتاد (قوله فاوجب قصورا في معنى التفكه) وهذا لان الفاكهة اسم لما يكون تبعا فما يكون أصلا من وجه من حيث انه يصلح للغذاء والدواء لا يتناوله اسم الفاكهة لان جهة الاصالة فيه أوجبت قصورا في تبعيته فلا يتناوله اسم التبع كما لا يتناول اسم الشحم لحم السمين وكما لا يتناوله اسم المبني عن كمال معناه القاصر كاللحم لا يتناول السمك والمملوك لا يتناول المكاتب (قوله ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان أو من الاقوات) كيابس العنب يريد به أن يابس هذه الاشياء لا يعد فاكهة فيجب أن يكون رطبها كذلك وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فالناس في زمن أبي حنيفة رحمه الله كانوا لا يتفكهون بها وفي زمنهما يتفكهون فافتى كل بحسب ما شاهد في زمانه وفي المحيط العبرة للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه عادة و يعد فاكهة في العرف يدخل تحت اليمين وما لا فلا (قوله ولو حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به فهو أدام) ولفظ اصطبغ به على البناء للمفعول وفي المغرب

فقوله زيادة على المعتاد أي على الغذاء الاصلي حتى تسمى النزف فاكهة والمزاح فاكهة لوجود زيادة التنعم فيها وقوله (والرطب واليابس فيه سواء) يعني أن ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه و يابسه و يابس هذه الاشياء لا يعد فاكهة فيجب أن يكون رطبها كذلك وقوله (لانهما من البقول بيعا) فان بائع البقول هو الذي يبيعها لا غير وأما أكلا فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل وقوله (ان هذه الاشياء مما يتغذى بها) يعني العنب والرطب (ويتداوى بها) يعني الرمان (ولهذا كان اليابس منها من التوابل) كيابس الرمان (أو من الاقوات) كيابس العنب فالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرها والاصل في هذا أن اللفظ اذا أطلق على أفراد في بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناوله كما تقدم في صورة النقصان في اللحم قال (ولو حلف لا يأتدم فكل شئ اصطبغ به) اصطبغ على بناء المفعول كذا كان مقيدا بخط الثقات وهو افتعل من الصبغ و يقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل (ولو حلف لا يأتدم) أي لا يأكل اداما (فكل شئ اصطبغ به فهو ادام) ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والملح والزبد ادام والشواء ليس بادام

وهـذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام) وهو رواية عن أبي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي أن لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج أيضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا أن ينوي به لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح

والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح لانه يؤل الى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعديا الى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لانه لا يصل الى المفعول بنفسه حتى يقام مقام الفاعل اذا بني الفعل له فانما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبغ به ولا يقال اصطبغ الخبز وما لم يصبغ الخبز مما له جرم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن أبي يوسف وقول الشافعي وأحمد رحمهم الله والحاصل أن ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا ادام بالاجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس اداما بالاجماع أي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل انهما على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الائمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليسا بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكل لان تبعا للخبز يكون اداما أما البقول فليست بادام بالاتفاق لان آكلها لا يسمى مؤتدما الا ما قد يقال في أهل الجزء بالنسبة الى أكلهم الكراث وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار ادام وفي التمر عنده وجهان في وجه ادام لما روي أنه صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه رواه أبو داود وفي وجه آخر ليس اداما لانه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد اداما لانها لا تؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة له والمؤادمة الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة حين خطب امرأة لو نظرت اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما أي توفق فما يؤكل غالبا تبعا للخبز موافق له ادام والجبن وأخواه كذلك ويؤيده ما روي عنه صلى الله عليه وسلم سيد الادام في الدنيا والآخرة اللحم وقال سيد ادامكم اللحم رواه ابن ماجه ويقال ان ملك الروم كتب الى معاوية أن ابعث الى بشر ادام على يد شر رجل فبعث اليه جبنا على يد رجل يسكن في بيت أصهاره وهو من أهل اللسان وبقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو أحيانا ليس اداما وهذا لانه من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بان يصير مع الخبز كشيء واحد وهي بان يقوم به قيام الصبغ بالثوب وهو أن ينغمس فيه جسمه اذ حقيقة القيام غير مراد لان الخل ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بادام ويرد عليه أنه ان اعتبر في مسمى الادام ما بحيث يؤكل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه كونه لا يؤكل الا تبعا معناه يعم ما لا يؤكل الا تبعا موافقا أكمل في مسمى الادام لكن الادام لا يخص اسمه الاكمل منه واستدل لابي حنيفة

الصبغ ما يصبغ به ومنه الصبغ من الادام لان الخبز يغمس فيه ويلون به كالخل والزيت ويقال اصطبغ الخبز بالخل (قوله لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة) قال صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه حين خطب امرأة أبصرها فانه أحرى أن يؤادم بينكما أي يوافق (قوله كاللحم والبيض ونحوه) كالجبن والسمك (قوله والتبعية في الاختلاط حقيقة) يعني التبعية في الاختلاط ليكون قائما فيه والتبعية حكما في أن لا يؤكل وحده واللبن لا يتأتى فيه الاكل وحده لان ذلك يكون شربا لا أكلا وكذا الخل ونحوه من المائعات وأما العنب والبطيخ فقيل على الاختلاف وذكر الامام السرخسي رحمه الله أنه ليس بادام بالاجماع

يوسف) وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه ما يصطبغ به فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحده غالبا ليس بادام بالاتفاق وفي البيض واللحم والجبن اختلاف جعلها محمد اداما خلافا لهما لمحمد أن الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما أن الادام ما يؤكل تبعا في العرف والعادة والتبعية على نوعين حقيقة وذلك في الاختلاط لتكون قائمة به وحكمية وهي أن لا تؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة ويؤكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما وقوله (وتمام الموافقة بالامتزاج) جواب عن قوله لان الادام من المؤادمة يعني سلمناه ولكن المؤادمة التامة الكاملة في الامتزاج أيضا ولم توجد في هذه الاشياء الا أن ينوي به لما فيه من التشديد بخلاف الخل وغيره من المائعات فانها لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فيتبع فكان اداما (والعنب والبطيخ ليسا بادام) يعني بالاتفاق لما ذكرنا (هو الصحيح) كذا ذكر شمس الائمة السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف

(واذا

(واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل) لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث (والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر) لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه

وأبي يوسف أيضا بانه يرفع الى الفم وحده بعد الخبز أو قبله فلا تتحقق التبعية بخلاف المصطبغ به وأجيب عن الحديث بان كونه سيد الادام لا يستلزم كونه اداما واذ قد يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم وأما حكاية معاوية فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهي بعيدة منها اذ يبعد من امام عالم أن يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم ملتزما المؤنته لغرض مهمل لكافر والسكنى في بيت الصهر قط لا يوجب أن يكون الساكن شر رجل فآثار البطلان تلوح على هذه القصة ودفع الاستدلال لهما بان المعتبر التبعية في الاكل والاكل هو فعل الفم والحلق وهما المختلطان فيه ثمة فتحصل التبعية حينئذ ويدفع بان كون التبعية في الفم بعد رفع كل على حدته تحكم اذ هما فيه اذا جسمان متكافئان لا يكون أحدهما تبعا للآخر بخلاف ما رفع صبغا للخبز فان المقصود به سد الجوع بالخبز لا بالصبغ وأما الجسمان المتكافئان فكل يصلح لرفع الجوع غير مفتقر الى الآخر في رفعه قال النمرتاشي وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل الارغفة فأكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد (قوله واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء) بفتح العين والمد (من صلاة الظهر الى نصف الليل) وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فان الغداء والعشاء اسم لما يؤكل في الوقتين لا للاكل فيهما فالوجه أن يقال فالتغدي الاكل من طلوع الفجر والتعشي الاكل من الظهر الخ لان ما بعد الظهر (١) يسمى عشاء بكسر العين ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث اذ في الصحيحين من رواية أبي هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشاء وفسرت بانها الظهر في بعض الروايات هذا وتفسير التغدي بالاكل من الفجر الى آخره مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها التسحر بعد ذهاب ثلثي الليل ونوقعها عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى أن يمضي أكثر الليل ووقت السحور من مضي أكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا في عرفهم وأما في عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال أوله فالاكل فيه تغد وقد أطلق على السحور غداء في قوله صلى الله عليه وسلم لعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الا مجازا لقربه من الغداة وكذا السحور لما كان ما يؤكل في السحر والسحر من الثلث الاخير سمي ما يؤكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه تسحرا والتضحي الاكل في وقت الضحى ويسمى الضحاء أيضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلاة الى أن تزول وأصل هذه في مسائل القضاء قال السرخسي فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى ان تزول وان قال عند طلوع الشمس أو حتى تطلع فلهم من حين تطلع الى ان تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس والنهي يمتد الى أن تبيض والمساء مساآن أحدهما ما بعد الزوال والآخر بعد غروب

لان آكله لا يسمى مؤتدما (قوله فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر) وهذا توسع في العبارة ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم أكله وكذلك العشاء بالفتح والمد اسم لطعام العشي كذا في المغرب (قوله ولهذا يسمى الظهر احدى صلاتي العشاء) روي أن النبي عليه السلام انصرف من احدى صلاتي العشاء على ركعتين اما الظهر أو العصر فسمى الراوي هاتين الصلاتين صلاتي العشاء (قوله ويطلق على ما يقرب منه السحور) ماخوذ من السحر وأنه اسم آخر

وقوله (واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر) قال في النهاية هذا توسع في العبارة ومعناه أكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداة لا اسم أكل وقوله (ولهذا تسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث) ذكر في الايضاح في باب الحلف على الغداء فقال فانه ورد في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى احدى صلاتي العشاء ركعتين يريد به الراوي الظهر أو العصر

(١) قول الكمال يسمى عشاء بكسر العين قال في النهر وكانه تحريف والصواب عشيا بفتح العين مع ياء بعد الشين اهـ كذا بهامش نسخة الشيخ البحراوي قال مصححه الفقير محمد البلبيسي هو تحريف يقينا فصوابه العشي فيه وفيما بعده وفي حديث الصحيحين احدى صلاتي العشي لا العشاء كما ظهر بالمراجعة فليحذر ما وقع في نسخ الهداية وحواشيها من التحريف والله الهادي

وقوله (وتعتبر عادة أهل كل بلد فى حقهم) يعنى ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما فلحم حتى ان الحضرى اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن
لم يحنث والبدوى بخلافه لانه غداء فى البادية وقوله (ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع) رواه المعلى عن أبى يوسف وهو صحيح لان
من أكل لقمة أو لقمتين يصح أن يقول

ماتغديت وماتعشيت (ومن قال ان أكلت أو شربت أو لبست فعبدى حر وقال

ثم الغداء والعشاء مايقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة أهل كل بلدة فى حقهم ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع (ومن قال ان لبست أو أكلت أو شربت فعبدى حر وقال عنيت شيا دون شئ لم يدين فى القضاء وغيره) لان النية انما تصح فى الملفوظ والثوب ومايضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لاعموم له فلغت نية التخصيص فيه (وان قال ان لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا لم يدين فى القضاء خاصة) لانه نكرة فى محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء

الشمس فايهما نوى صحت نيته وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسى ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لانه لايمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على المساء الثانى وهو مابعد الغروب وذكر الولوالجى والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التى تحل فيها الصلاة الى نصف النهار والتضحى مابين طلوع الشمس الى ارتفاع الضحوة يعنى الكبرى لانه من الاصباح وهذا يعرف بتسمية أهل اللغة ولو حلف ليأتينه غدوة فهذا بعد طلوع الفجر الى نصف النهار (قوله ثم الغداء والعشاء مايقصد به الشبع عادة) وكذا السحور فلو أكل لقمة أو لقمتين أو أكثر ممالم يبلغ نصف الشبع لايحنث بحلفه ماتغديت ولا تعشيت ولا تسحرت ويرد أنه صلى الله عليه وسلم قال فى رواية الترمذى تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهرمة ومعلوم أن كفا من حشف لا يبلغ فى العادة نصف الشبع وأجيب بان العرف الطارئ يفيد أنه مع الشبع للقطع بقولهم ماتغديت اليوم أو ماتعشيت البارحة وان كان أكل لقمة أو لقمتين وكذا يعتبر فى الغداء وأخويه فى حق أهل كل بلد مايعتادونه من ماكولهم فلو كان عادتهم أكل الخبز فى الغداء أو اللحم أو اللبن ينصرف اليه حتى ان الحضرى اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوى يحنث لانه غداء أهل البادية ولو أكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيرهما مما هو غير معتاد التغدى به حتى شبع لم يحنث أيضا (قوله ومن قال ان لبست أو أكلت أو شربت فعبدى حر وقال نويت شيا دون شئ) من الملبوس أو الماكول أو المشروب فى ان أكلت وان شربت لم تصح نيته لا فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى فاى شئ أكل أو لبس أو شرب حنث وعند الشافعى تصح نيته ديانة وهو رواية عن أبى يوسف واختارها الخصاف لان النية انما تصح فى الملفوظ التعيين بعض محتملاته والثوب فى ان لبست والماكول والمشروب فى ان أكلت وان شربت غير مذكور تنصيصا فلم تصادف النية محلها فلغت فان قيل ان لم يكن مذكورا تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا أجيب بان تقديره لضرورة اقتضاء الاكل ماكولا وكذا اللبس والشرب والمقتضى لاعموم له عندنا ولان

الليل قبل طلوع الفجر فكان منتصفا بل قريبا من السحر فيطلق عليه اسم السحر (قوله ثم الغداء والعشاء مايقصد به الشبع عادة حتى لو أكل لقمة أو لقمتين لايحنث ومقدار الغداء والعشاء أن يأكل أكثر من نصف الشبع (قوله وتعتبر عادة أهل كل بلدة فى حقهم) يعنى ان كانت خبزا فخبز وان كانت لحما فلحم حتى أن الحضرى لو حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوى بخلافه لانه غداء فى البادية التضحى مابين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الاكبر وروى عن محمد رحمه الله فيمن حلف لايكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير وكلمه لم يحنث لان وقت السحر ماقرب من الفجر وانتهت اليمين بدخول وقت السحر والمساء مساآن أحدهما أنه اذا زالت الشمس والآخر اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لايفعل كذا حتى يمسى فهذا على غيبوبة الشمس لانه لايمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثانى كذا فى الايضاح (قوله ومن قال ان لبست الى قوله لم يدين فى القضاء وغيره) أى لايصدق قضاء

عنيت شيا دون شئ لم يصدق قضاء) ولاديانة (لان النية انما تصح فى الملفوظ) لانها التعيين بعض محتملات اللفظ (والثوب ومايضاهيه غير ملفوظ) فلا تصح نيته فان قيل هب انه غير ملفوظ تنصيصا أليس أنه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ أجاب بقوله (والمقتضى لاعموم له فلغت نية التخصيص فيه) فان قيل المقتضى أمر شرعى وافتقار الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلنا يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن المقتضى هو الذى لايدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة اللفظ أعم من أن يكون شرعيا أو عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت فعبدى حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظا وبينه وبين ما اذا حلف لايساكن فلانا ونوى به أن لايساكنه فى بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو سكن معه فى الدار لايحنث أجيب بان الاولى ممنوعة منعها القضاة الاربع أبو هشيم وأبو خازم وأبو طاهر الدباس والقاضى القمى ومن ولئن سلم فقوله ان خرجت ولا يساكن فعلان يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثانى فى صريح النفى والاول فى معناه فتناولا بعمومهما الخروج فى السفر والسكن فجاز تخصيصهما الا أنه خلاف الظاهر فلا يدين فى القضاء

ثبوته ضرورى فيتقدر بقدرها والضرورة فى تصحيح الكلام وتصحيحه لا يتوقف الا على ماكول لاعلى ماكول هو كذا فلا تصح ارادته فبنى الخلاف فى هذه الفروع بيننا وبين الشافعى الاختلاف فى أن المقتضى لاعموم له أو له عموم على ماذكروا أما لو قال ان لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا وقال عنيت شيا دون شئ فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لانه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لانه نكرة فى سياق الشرط فتعم لما آلها الى كونها فى سياق النفى بسبب أن الشرط المثبت فى اليمين يكون الحلف على نفيه لان المعنى نفى لبس ثوب فكانه قال لا ألبس ثوبا الا انه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضى منه فان قيل يعتبر تخصيصا للمصدر المدلول عليه بالفعل فانه مذكور بذكر الفعل على ماعرف فى الطلاق أجيب بان المصدر أيضا ضرورى للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا يخالف ماتقدم فى مسئلة طلقى نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث بل الحق على هذا انه عام وكما قلتم فى قوله ان خرجت فعبدى حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج الى غيره تخصيصا لنفس الخروج بخلاف مالو نوى الخروج الى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لان المكان غير مذكور فكذا يراد تخصيص فعل الاكل وهكذا قولكم فيما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى المساكنة فى بيت واحد أنه يصح وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل قلنا ذلك المصدر وان عم بسبب انه فى سياق النفى لان الفعل فى سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لان عمومه ضرورة تحقق الفعل فى النفى فانه لا يتحقق فى خصوص محله الخاص أعنى بعد لفظة لا فى لا آكل الا بتحقق ذلك المصدر هناك وماليس ثبوته الا ضرورة أمر لا يثبت باعتبار غيره ولا يثبت ماهو زائد عليه ومعلوم أن من ضرورة ثبوت الفعل فى النفى ثبوت المصدر العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان أكلت أكلا فان الاسم حينئذ مذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لان أكلا المذكور ليس عين الاكل الضمنى للفعل الضرورى الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص وأما مسئلة الخروج فقد أنكرها القضاة الاربعة القاضى أبو الهيثم والقاضى أبو خازم والقاضى القمى والقاضى أبو طاهر الدباس وحملوا ماروى عن محمد فيها على مالو قال ان خرجت خروجا وكانها سقطت من الكاتب ومن التزمها أجاب بان الخروج فى نفسه متنوع الى سفر وغيره حتى اختلفت أحكامهما فقبلت ارادة أحد نوعيه وبه أجيب عن مسئلة المساكنة فانها متنوعة الى كاملة وهى المساكنة فى بيت واحد ومطلقة وهى ماتكون فى دار فارادة المساكنة فى بيت ارادة أخص أنواعها وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يغتسل أو لا ينكح ثم قال عنيت من جنابة أو امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لان الاغتسال غير متنوع لانه عبارة عن امرار الماء والتنوع فى أسبابه وكذا لا يسكن دار فلان وقال عنيت باجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بان استاجرها منه أو استعارها فابى فحلف ينوى السكنى بالاجارة أو الاعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير أجر حنث بخلاف مالو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان وعنى اشتراها لنفسه فانه يصدق لانه أحد نوعى الشراء لانه متنوع الى مايوجب الملك للمشترى ومايوجبه لغيره فتصح نية أحد النوعين بخلاف السكنى نفسها لانها لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة فى الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية أو عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص فى الجنس كأن الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة الى البلاد اختلاف بالصفة وكأن السر فى ذلك والله أعلم أن ذكر لفظ امرأة أو رجل عين ذكر ولد له آباء الى آدم فكانه قال كل من كان لها أب من ولد آدم وأراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وان كان لا يخلو الموجود عن صفة

وديانة لان النية تعمل فى الملفوظ لانها التعيين مااحتمله اللفظ والثوب ومايضاهيه غير ملفوظ وانما ثبت مقتضى ولاعموم للمقتضى عندنا فلم يحتمل التخصيص وعند الشافعى رحمه الله يصدق ديانة لان للمقتضى عموما عنده وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يصدق فيما بينه وبين الله وبه أخذ الخصاف رحمه الله ولو قال ان خرجت

فثبوتها مقتضى الوجود لا اللفظ والحق أن الافعال الخارجية لا تتصور أن تكون انواعا واحدا لا فرق في ذلك بين الغسل ونحوه ولا بين الخروج ونحوه من الشراء فكما أن اتحاد الغسل بسبب انه ليس الا امرار الماء كذلك الخروج ليس الا قطع المسافة غير أنه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تصير منقسمة الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان عند ذلك علمنا اعتبار الشرع اياها كذلك كما في الخروج المختلف الاحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره فانه مختلف حكمهما فيحكم بتعدد النوع في ذلك ولا يخفى أن المساكنة والسكنى ليس فيهما اختلاف أحكام الشرع لطائفة منهما بالنسبة الى طائفة أخرى وكل في نفسه نوع لانه الكل قرار في المكان ثم اعلم أن التحقيق أن المفعول في لا آكل ولا ألبس ليس من باب المقتضى لان المقتضى ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطا والنسيان أو بعدم صحته شرعا مثل أعتق عبدك عني وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا ثم المفعول أعني المأكول من ضرورات وجود فعل الاكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لا بد أن يستدعي معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق بين قولنا الخطا والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اقتصارا وتناسيا وطائفة من المشايخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم فلذا أن نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين جمع بان من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا بان العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ وغير ذلك فكذلك هذا المحذوف اذ ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات اليه اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على ما عرف من أن الفعل المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باقي المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا يأكل في مكان دون آخر أو زمان لا تصح نيته بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال أن يقول لا أكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا أكلم هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى والفرق بان المفعول في حكم المذكور اذ لا يعقل الفعل الا بعقليته ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدي بدون اخطاره فانما هو لازم لوجوده لا مدلولا للفظ هذا وكون ارادة نوع ليس تخصيصا من العام مما يقبل المنع لانه لا يخرج عن قصر عام على بعض متنا ولاته وأقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص لا قتلوا المشركين والنساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج جميع أفراده كما نحن فيه تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر فيستمر الاشكال في يمين المساكنة والخروج وقد أنكر هذه من ذكرنا ولا يجاب بما ذكر في الذخيرة جوابا عن ايراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه فمن حيث انه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب أن يصدق في القضاء كما في الخروج وكما في قوله أنت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لان الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فمن هذا الوجه هو شيء واحد وله عموم فاذا نوى أحدهما كان تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لانهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا من حيث انه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث انه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله أنت بائن يصح نية أي أنواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لان الاعم في الاثبات لا يعم استغراقا بخلافه في النفي لو

ونوى السفر يصدق ديانة لتنوعه الى مديد وقصير فصح تعيينه أحدهما ولو نوى مكة لا يصدق قضاء وديانة ولو حلف لا يساكن ونوى المساكنة في بيت واحد يصدق لانه نوى أتم ما يكون من المساكنة فان أعم ما يكون من المساكنة في بلدة والمطلق من المساكنة في العرف في دار واحدة وأتم ما يكون من المساكنة في بيت واحد فهذه النية أيضا ترجع الى نوع المساكنة الثابتة بصيغة كلامه والاصل فيه عندنا انه متى ذكر الفعل ونوى التخصيص في المفعول كنية التخصيص في الملبوس والمطعوم والمشروب في مسئلة الكتاب لا تصح نيته وكذا لو نوى تخصيص الحال بان يقول لرجل وهو قائم والله لا أكلمه ونوى حالة قيامه لا يصح الا أن يقول في يمينه

(ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند أبي حنيفة) وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا

قلت رأيت رجلا لا يعم أصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رأيت رجلا (قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا) أي يتناول بفمه من نفس النهر عند أبي حنيفة يعني اذا لم تكن له نية أما اذا نوى باناء حنث به اجماعا وقالا ان شرب منها كيفما شرب باناء أو بيده أو كرعا حنث لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها باناء أو كرعا في دجلة أو نهر آخر يأخذ من دجلة لان نسبة الماء اليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي وأحمد ووجهه أنه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو وان كان مجازا اما مجاز حذف أي من ماء دجلة أو مجاز علاقة بان يعبر بدجلة عن مائها وهو أولى من مجاز الحذف لاكثريته بالنسبة اليه ولشهرة جري النهر مقررين له بان علاقته المجاورة ثم هو اشهر من أن يراد به نفس الكرع فيصرف اليه فيعم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيفما كان بخلاف ما لو استلقى وأدخل قدميه فقط لا يحنث لان هذا ليس دخولا واليمين انعقدت عليه وله أن المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب وأهل العرف لان كثيرا من الرعاء وغيرهم من أهل العرف يفعلونه وروي عنه عليه السلام أنه أتى قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لان الحقيقة المستعملة كانت أولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع اجماعا الا أنهما يقولان حنث به باعتبار أنه من أفراد المجاز لا باعتبار ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا اهدار هذا القسم وانما قلنا ان الكرع حقيقة اللفظ لان من هنا لابتداء الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم عليها نفسها فاذا وضع الفم على يده أو كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها وأما ما في الهداية من أنها للتبعيض فانما يصلح توجيها لقولهما لان المعنى حينئذ لا أشرب بعض ماء دجلة اذ لو أريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لان نفس دجلة وهو الارض المشقوقة نهرا ليس مما يشرب ولو أريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض ويصير المراد لا أشرب من ماء دجلة وهو نفس قولهما فيحنث بالكرع وغيره لانه ماء دجلة وعلى هذا فيتجه قولهما بعد الوجه المشهور في تقدم المجاز المتعارف وهو أن الكلام عند عدم قرينة ارادة المعنى الاصلي انصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بان يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل (١) وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم أن يراد بلفظ دجلة ماؤها وحينئذ جاز أن تكون من للتبعيض فالمعنى لا أشرب بعض ماء دجلة أو للابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب مائها كرعا وغيره وأما الاستدلال لابي بقوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف غرفة بيده من جهة أنه يفيد أن ما باليد يخالف الشرب منه فغلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال أولى اذا أمكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد أنهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية ورى فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا أو كثيرا كافيا فليس مني الا من شرب منه قدر كفه

لا أكلم هذا الرجل القائم وكذا لو نوى تخصيص الصفة بان يقول لا أتزوج امرأة ونوى كوفية أو بصرية لغت نيته ولو نوى عجمية أو حبشية عملت نيته فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في الجنس وذلك في لفظه كذا في المبسوط (قوله حتى يكرع منها) الكرع تناول الماء بالفم من موضعه يقال كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب به ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة يدخل فيه أكارعه (قوله وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع) أي حقيقة في أن يضع فاه على بعض الدجلة وفي الكرع ذلك أو لابتداء الغاية وذلك في أن يكون ابتداء شربه من دجلة والحقيقة مستعملة عرفا وشرعا أما عرفا فظاهر وأما

ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا) أي حتى يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب يقال كرع في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيه أكارعها والكراع مستدق الساق وهذا (عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شرب منها باناء حنث) ومبناه على أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس أما كون المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قولهم اهل فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من مائها واما أن الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار والاودية وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا ولهذا اذا كرع حنث بالاجماع فان قيل لا نسلم أن الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان فحينئذ يجب أن يحنث بالشرب بالاناء وغيره

(١) قوله الكل لا يفعل أي لان ارادة وضع الفم على نفس أجزاء النهر منتف كما يأتي كذا بهامشه

(وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث) لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه

تحقيقا بان اغترفها والذى انتظم عليه رأى أصحابنا في الدرس في توجيه قول أبي حنيفة رحمه الله أن اسم الدجلة على قول الكل حقيقة في نفس النهر دون الماء وارادة وضع فمه على نفس أجزائه ممتنع فالمراد ليس الا وضعه على الماء الكائن فيها وحينئذ جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا أو مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال أن حقيقة اللفظ أعني مجموع التركيب بوضع الفم في مائها حال كونه في خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا في هذا الماء فعني قوله للفظ حقيقة مستعملة الخ أن التركيب حقيقة في وصل المعنى الحقيقي لـ لا أشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء الكائن في النهر الخاص وحينئذ جاز كون من للتبعيض والمعنى لا أشرب بعض دجلة أي الماء الخاص في المكان الخاص فظهر امكان كونها للتبعيض مع صحة قوله للفظ أي التركيب حقيقة مستعملة هي الشرب من نفس الماء الكائن في المكان الخاص ثم يترجح مجازه في المفرد أعني دجلة المستعمل في مائها بقيد كونه في نفس النهر على مجازهما وهو دجلة في مائها الا بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه باناء ومن نهر صغير يأخذ منها بانه مجاز أقرب الى الحقيقة أعني دجلة بمعنى النهر ونظير المسئلتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز آخر فشرب منه حنث بالاجماع وكذا لو قال من هذا الحب أو من ماء هذا الحب فنقل الى حب آخر ولو قال من هذا الحب أو من هذا البئر قال أبو سهل السرعي لو كان الحب أو البئر ملآن فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة رحمه الله لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغي أن يقال على ما هو أعم من الاغتراف وان لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل الحب والبئر اختلفوا والصحيح أنه لا يحنث لعدم العرف بالكرع في هذه الحالة *(فروع)* لو قال لا أشرب من الفرات فشرب من نهر أخذ منه لم يحنث اجماعا أما عنده فلان يمينه على الكرع وأما عندهما فلانه مثل الفرات في امساك الماء فيقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز أما لو قال لا أشرب من ماء الفرات فشرب من نهر أخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا أشرب ماء فراتا يحنث بكل ماء عذب في أي موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك أو من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فاكله لا يحنث فان ذاب فشرب حنث قال الفقيه أبو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجا فجلس عليه لا يحنث فان افتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفي فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شرب به لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان في الخل حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر أو ربعه والظاهر أن هذا لا يتأتى في النيل لان الشط ينتفي قبل الربع أيضا لسعته ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا حنث بشرب الماء والنبيذ وكذا بالمسمى عندنا أقسمة وفقاعا الا بشرب الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لان العرف في اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب الليموفر وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب بغير اذن فلان فاعطاه فلان ولم يأذن بلسانه في الخلاصة ينبغي أن يحنث وهذا دليل الرضا وليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا فمزجها بغير جنسها كالاقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف

شرعا فلانه جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في الشن والا كرعنا في الوادي الحقيقة مراده هنا ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا فان قيل لا نسلم أن الحنث في الكرع باعتبار الحقيقة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان ولما كان كذلك وجب أن يحنث فيما اذا شرب به بالاغتراف لما أن الحكم في عموم المجاز كذلك قلنا

وهو

لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب أن المصير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة أو هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير اليه وقوله (ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة) ظاهر

قال (ومن قال ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث) علم عدم الماء في الكوز أو لم يعلم (فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحنث في ذلك كله) أي فيما اذا كان فيه الماء وفيما لم يكن وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما بان البر متصور في صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصورا وأجيب بان البر انما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من أجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه باعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان وقوله (ولو كانت اليمين مطلقة) أي عن ذكر اليوم (ففي الوجه الاول) يعني فيما اذا لم يكن في الكوز ماء (لا يحنث عندهما وعنده يحنث في الحال وفي الوجه الثاني) وهو أن يكون فيه ماء فاهريق (يحنث في قولهم جميعا

وهو الشرط فصار كما اذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة (ومن قال ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحنث في ذلك كله) يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه تصور البر عندهما خلافا لابي يوسف لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه أمكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة (ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند أبي يوسف يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا)

الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روي عن أبي يوسف في النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه ماء وشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء حنث استحسانا وأما اذا خلطه بجنسه بان حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة أخرى فعند أبي يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث بكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج أما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا عقد يمينه على الدهن (قوله ومن قال ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم (وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى وأصله) أي أصل هذا الخلاف أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قول مالك ووجه عند الشافعية وعند أبي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعية ومما ابتنى على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما ويحنث عند أبي يوسف في آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انعقدت وحنث بالاتفاق لان اليمين انعقدت على ازالة حياة يحدثها الله فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقدها على حياته القائمة في ظنه والواقع انتفاؤها فكان البر غير متصور كمسئلة الكوز فانه وان أمكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير

الكرع من الفرات مستعمل والحكم يترتب على الحقيقة دون المجاز اذا كانت مستعملة بخلاف قوله لا يضع قدمه الى دار فلان فان ذلك صار عبارة عن الدخول في العرف ولهذا لا يحنث بوضع القدم اذا لم يدخل والاختلاف فيما اذا حلف لا يشرب من دجلة نظير الاختلاف فيما اذا حلف لا يأكل من هذه الحنطة (قوله وهو الشرط) أي كونه منسوبا الى دجلة بخلاف ما تقدم لان الشرط ثمة أن يكون ابتداء شربه من موضع يسمى دجلة أو بعض دجلة ولو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء في كوز آخر فشرب منه لم يحنث لتبدل النسبة ولو حلف لا يشرب من الفرات فشرب من نهر آخر منه لم يحنث اجماعا أما عنده فلانه منصرف الى الكرع وأما عندهما فلانه مثل الفرات في امساك الماء فتنقطع النسبة فخرج من عموم المجاز ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر آخر من الفرات حنث لان حلفه انعقد على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار (قوله فصار كما اذا شرب من نهر يأخذ من دجلة) هذا اذا كان النهر الذي يأخذ من دجلة صغيرا أما اذا كان كبيرا تنقطع النسبة من دجلة (قوله ولو كانت اليمين مطلقة) أي غير

قال المصنف (ومن قال ان لم أشرب الخ) أقول وان كان يعلم انه لا ماء في الكوز ينعقد عند الثلاثة كذا في البدائع وفيه أيضا وعلى هذا الخلاف اذا قال والله لاقتلن فلانا وفلان ميت وهو لا يعلم موته لا ينعقد عندهم خلافا لابي يوسف وان كان عالما بموته ينعقد عندهم خلافا لزفر اه وسيجيء من المصنف في باب اليمين في القتل والضرب أن الصحيح انه ليس في مسئلة الكوز تفصيل العلم (قوله واعترض على وجههما بان البر متصور في صورة الاراقة لان اعادة القطرات المهراقة ممكنة الخ) أقول كما اذا صب في اناء آخر لا في الارض وفيه تأمل (قوله وأجيب بان البر الى قوله يسع فيه غيره) أقول ضمير غيره راجع الى البر

فابو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت ووجه الفرق أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى آخر الوقت فلا يحنث قبله وفى المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق أن فى

المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه اذذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فأكل قبل الليل أو ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له أو مات أحدهما قبل مضى الغد أو قضاه قبله أو أبرأه فلان قبله لم تنعقد عندهما وانعقدت عند أبى يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد ان رأيت عمرا فلم أعلمك فعبدى حر فرآه مع زيد فسكت ولم يقل شيأ أو قال هو عمرو ولا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم تبق اليمين وعنده يعتق لبقاء اليمين وفوات المعقود عليه وكذا اذا حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم أعطاه لم يحنث خلافا له وكذا ليضربنه أو ليكلمنه ووجه قولهما أن اليمين انما تعقد للبر حملا أو منعا أو لاظهار معنى الصدق فكان خبرا يمكن فيه البر فاذا لم يمكن فات محلها ولا انعقاد الا فى محلها واذا لم تنعقد فلا حنث ولأبى يوسف أنه أمكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر فى الحلف وهو الكفارة كما قلنا فى الحلف على مس السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حيث ينعقد مع استحالته عادة ثم يحنث فى الحال لما قلنا قلنا لابد من تصور الاصل لينعقد فى حق الحلف لانه فرع الاصل فينعقد أولا فى حقه ثم ينتقل الى الحلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكر اليوم ففى الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن فى الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم تصور البر وعند أبى يوسف يحنث للحال وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كان فيه ماء فاهريق يحنث فى قولهم جميعا (قوله فابو يوسف فرق الخ) لاشك أن هنا أربع صور صورتان فى المقيدة باليوم أو وقت آخر جمعة أو شهر وهما أن يكون فى الكوز ماء وقت الحلف وأن لا يكون وصورتان فى المطلقة عندهما هاتان أيضا ففى المقيدة ولا ماء لا تنعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وتنعقد عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البر من وقت الحلف الى الموت وفى المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا فاذا أهريق قبل آخر الوقت بطلت عندهما لان انعقادها ثم طرأ العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى آخر الوقت وعنده يتأخر الحنث الى آخر جزء من الوقت فهنالك يحنث وفى المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحالى الذى لا يرجى زواله وفى المطلقة وفيه ماء تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما فاذا أريق حنث اتفاقا أما عند أبى يوسف فبطريق أولى مما قبله وأما عندهما فلان تصور البر ليس شرطا فى المطلقة لا لانعقادها فقط وقد وجد حال الانعقاد لغرض وجود

موقت بوقت وهو اليوم مثلا ففى الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن فى الكوز ماء لا يحنث عندهما وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى عليه يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كان الماء موجودا فى الكوز فأهريق يحنث فى قولهم جميعا (قوله فابو يوسف رحمة الله تعالى عليه فرق بين المطلق والموقت) أى فى تنجز الحنث وتأخره فقال فى المطلق تنجيز الحنث كما فرغ من اليمين وفى الموقت باليوم بتأخر الحنث الى آخر اليوم وهما أيضا فرقا فى الحنث وعدمه لكن فى صورة واحدة وهو ما اذا كان الماء موجودا وقت اليمين ثم أهريق فقالا فى المطلق يحنث وفى الموقت باليوم لا يحنث ووجه الفرق لابى يوسف رحمة الله تعالى عليه أن فى اليمين المطلق يجب البر كما فرغ من اليمين والتوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى آخر الوقت فان قيل التوقيت انما يكون للتوسعة أن لو وجب الفعل عليه فى الحال لولا ذكر الوقت وليس كذلك فان من عقد يمينه على الفعل مطلقا يجب عليه فى آخر عمره كما فى قوله لياتين البصرة فيكون التوقيت على هذا للتضييق لا للتوسعة قلنا انما ينتظر آخر العمر فى فعل يرجى تحققه كما فى قوله لياتين البصرة وهذا بمعزل من ذلك لانه لا يرجى شرب الماء المعدوم فلا فائدة فى الانتظار فيجب الفعل فى الحال ووجه الفرق لهما كذلك أن فى المطلق يجب البر كما فرغ من اليمين ففوات المحلوف عليه بعد وجوب البر لا يمنع الحنث كما اذا مات الحالف والماء باق فاما فى الموقت يجب

فابو يوسف فرق) فى الوجه الاول وهو الذى لم يكن فى الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم وبين المؤقت به فقال فى المطلق انه يحنث فى الحال وفى المؤقت يتوقف حنثه الى آخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجه ماذكر أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى آخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مؤقته بوقت ممتد يتعين الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم فى جزء منه ويتعين آخره وفى المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال كذا فى بعض الشروح وقال فى النهاية فابو يوسف فرق بين المطلق والمؤقت أى فى مسئلة الوجه الثانى وهو ما اذا كان فى الكوز ماء فاهريق قبل الليل فقال فى المطلق يحنث حال وقت الاراقة من غير توقف الى الليل وفى الموقت لا يحنث فى الحال بل يتوقف حنثه الى آخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والمؤقت يعنى فى هذا الوجه على ماذكر فى الكتاب وأشار بقوله كما اذا مات الحالف والماء باق الى أن بقاء المحل شرط البر كبقاء الحالف وأشار بقوله كما اذا عقده ابتداء فى هذه الحالة الى أن وجود المحل كما

المطلق

المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث فى يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق أما فى المؤقت فيجب البر فى الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه فتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء فى هذه الحالة قال (ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا

الماء حال الحلف فقد فرق أبو يوسف بين المقيدة فاوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فاوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من اليمين والفرق أن التاقيت للتوسعة عن نفسه فى الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا فى آخر جزء من الوقت وان كان التاخير لا يرجى له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لكن اللفظ ما أوجب انعقاد اليمين فى حق الفعل مضيقا متعينا الا فى آخر جزء منه فلا يحنث قبله وكذا اذا كان فيه ماء فصب لهذا بعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة فى تاخير الحنث وان كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف أو المحلوف عليه فى مثل حلفه على ضربه أو طلاقها فان ذلك اذا كان البر مرجوا ولا رجاء له هنا وفيما اذا كان الماء موجودا لا يثبت هذا اليأس الا عند الاراقة فيحنث اذذاك وهما أيضا يحتاجان الى الفرق لانه لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فاهريق قبل آخره واذا لم يذكر فاهريق يحنث والفرق أن الوقت اذا ذكر كان البر واجبا عليه فى الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فائت فكأنه حلف اذذاك ليشربن ما فى هذا الكوز اليوم وعلمت بهذا أن اشتراطهما بقاء التصور لبقاء اليمين المؤقتة هو فى المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه فى الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث ولقائل أن يقول وجوب البر فى المطلقة فى الحال ان كان بمعنى تعينه حتى يحنث فى ثانى الحال فلاشك انه ليس كذلك وان كان بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث فى آخر جزء من الحياة فالمؤقتة كذلك لانه لا يحنث الا فى آخر جزء من الوقت الذى ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من الحياة فلاى شئ تبطل اليمين عند آخر أجزاء الوقت فى المؤقتة ولم تبطل عند آخر جزء من الحياة فى المطلقة ومن فوائد هذه الخلافية ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبى لى صداقك اليوم فانت طالق فقال أبوها ان وهبت له صداقك فامك طالق فحيلة عدم حنثهما أن تشترى منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث أبوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا أرادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية (قوله ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا

البر فى الجزء الاخير من الوقت لما عرف أن اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد مضافا الى وقت تعين الجزء الاخير للزوم الفعل ولا يحنث بترك الفعل المحلوف عليه قبل ذلك لان الوقت صار ظرفا له لا معيارا فيلزم فى جزء من ذلك الوقت ويتعين آخره كصلاة الظهر فى وقت الظهر يتعين آخر الوقت وكذا اذا هلك المحلوف عليه قبل آخر الوقت لا يحنث فى الحال بالاجماع أيضا وانما الخلاف فى الحنث بعد مضى الوقت عند أبى يوسف رحمه الله يحنث وعندهما لا يحنث واذا ثبت أن البر يجب فى آخر الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لاراقة الماء قبل ذلك فلا يجب البر ويبطل اليمين فان قيل ينبغى أن يبقى اليمين ولا يبطل لان اعادة ذلك الماء مقدور وعقد اليمين ابتداء على تلك القدرة جائز كما اذا حلف ليقلبن هذا الحجر ذهبا فاولى أن يبقى المعقود على تلك القدرة قلنا ابتداء اليمين انعقدت فى الكوز على الممكن فى الظاهر وعند الاراقة ما بقى ذلك الممكن ممكنا فلا تبقى اليمين على خلاف ما انعقدت أما فى مسئلة الحجر اليمين انعقدت ابتداء على القدرة فى الجملة لا على الامكان الظاهر (قوله كما اذا مات الحالف) يعنى اذا مات الحالف قبل تحقيق البر فانه يحنث وتجب الكفارة خلفا عن البر بحكم العجز الثابت عادة وان كان البر متصورا باعادة الحياة فكذا هنا بعد الفراغ عن اليمين وجب أن يحنث بالعجز الثابت عادة وتجب الكفارة وان كان البر متصورا باعادة الماء فان قيل العجز من حيث العادة عقيب اليمين لما كانت ترفع اليمين فالعجز المقارن لليمين أولى أن يمنعها من الانعقاد لان المنع أسهل من

هو شرط لانعقاد اليمين كذلك لبقائها وقوله (ومن حلف ليصعدن السماء) على ماذكره ظاهر واعترض بان تصور البر لو كان كافيا فى خلفية الكفارة لوجبت فى الغموس لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضى وقد فعلها السليمان صلى الله عليه وسلم وأجيب بان تصور البر فى الغموس بان يجعل الفعل الذى لم يوجد موجودا منه وهو

انعقدت يمينه وحنث عقيبها) وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا أن البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحياة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذى فى الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

انعقدت يمينه وحنث عقيبها) يعنى اذا حلف مطلقا كما هى فى الكتاب أما اذا وقت اليمين فقال لاصعدن غدا لم يحنث حتى يمضى ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال زفر لا تنعقد أصلا لانه مستحيل عادة فيجعل كالمستحيل حقيقة كماء الكوز فلا تنعقد ولنا أن صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله بخلعه صفة الحجرية والباس صفة الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية فى قبول الصفات أو باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها باجزاء ذهبية والتحويل فى الاول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق واعله من اثبات كرامات الاولياء فكان البر متصورا فتنعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث فى آخر جزء كما قلنا مع احتمال اعادة الحياة فيه فيثبت معه احتمال أن يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذى فى الكوز الذى لا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فمحط الخلاف أنه ألحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع فى هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا منفهما والله أعلم

الرفع قلنا لما تغاير العجزان جاز أن يكون الطارئ رافعا والمقارن غير مانع كالشيخ الفانى عجزه عن الصوم لا يمنع وجوب الصوم عليه ثم عجزه يرفع الواجب حتى ينتقل الى الفداء وكذا لو تزوج أمة بغير اذن مولاها انعقد النكاح ولا يكون حق المولى مانعا من بقاء الانعقاد فاذا اشتراها من يحل له وطؤها يصير حق المشترى رافعا لذلك العقد ولا تعمل الاجازة لما عرف أن الحل البات اذا طرأ على حل موقوف أبطله فان قيل اذا حلف ليقتلن فلانا وهو عالم بموته تنعقد يمينه على حياة تحدث فيه باحداث الله تعالى فلم لا تنعقد اليمين فى مسئلة الكوز على ما يخلق الله تعالى فى الكوز بعد اليمين قلنا ان الله تعالى لو خلق الماء فى الكوز لم يكن هذا الماء محلوفا عليه اذ المحلوف عليه هو الماء الذى فى هذا الكوز وقت اليمين بخلاف مسئلة القتل فان الله تعالى لو خلق الحياة فى الميت الفلانى كان فلانا بعينه فلهذا افترق فى مسئلة الكوز بعد أن يكون عالما بعدم الماء فى الكوز أو لم يكن عالما وقت اليمين فى الصحيح من الجواب فان قيل هلا قدر اليمين كانه قال لاشربن الماء الذى فى هذا الكوز ان خلق فيه الماء كما فى مسئلة القتل ان كان عالما بموته قلنا قوله لاشربن الماء الذى فى هذا الكوز عبارة عن الموجود كانه أشار والاشارة الى المعدوم لا تصح واذا كان هذا عبارة عن الموجود يعتبر بما لو نص عليه ولو نص عليه وقال لاشربن الماء الموجود فى هذا الكوز ان خلق لا يستقيم ويكون وصفا منه للشئ الواحد بالوجود والعدم فلا يثبت اقتضاء فاما فى مسئلة القتل لو نص عليه وقال لاقتلن فلانا ان عادت اليه الحياة كان مستقيما فامكن اثباته اقتضاء (قوله انعقدت يمينه وحنث عقيبها) هذا اذا حلف مطلقا وأما اذا وقت اليمين لم يحنث ما لم يمض ذلك الوقت (قوله ألا ترى أن الملائكة يصعدونه) وكذا الجن قال الله تعالى وانا لمسنا السماء فاما كانت السماء عينا ممسوسة بمحلوف كان المس متصورا والمحلوف آخر لا مستحيلا لان مستحيل الوجود فى نفسه لا يختلف بين محلوف ومحلوف فكان مستحيل الوجود فى حق الكل كاستحالة الجمع بين الحركة والسكون وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى يحكى عن بعض الاخيار (قوله واذا كان متصورا تنعقد اليمين وذلك لان الايجاب من العبد معتبر بالايجاب من الله تعالى واليمين جهة فى ايجاب البر والايجاب من الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ الفانى

مستحيل وقوله (وان كان متصورا ينعقد اليمين) انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وايجاب الله تعالى يعتمد التصور دون القدرة فيما له خلف ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ الفانى ولم تكن له قدرة لمكان التصور والخلف وكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هنالك عقيب وجوب الصوم

قوله (لان ايجاب العبد معتبر الخ) أقول أى مقيس

*(باب

(باب اليمين فى الكلام)

قال (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا أنه نائم حنث) لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفى بعض روايات المبسوط شرط أن

(باب اليمين فى الكلام)

لما فرغ من ذكر الافعال التى هى أهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعهما شرع فى الكلام اذ لا بد من وقوعه لان الانسان لا بد له من ايصال ما فى نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرها لتقدم الاعم على الخصوصيات (قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه) لقرب مكانه منه (الا أنه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا أنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله) أى لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صماخه غير ثابت فادير على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا سالما سمع ولهذا لو كان أصم حنث وفى بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه فانه قال فى بعضها فناداه أو أيقظه وفى بعضها فناداه وأيقظه قال واختاره مشايخنا لانه اذا لم ينتبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا عن أن يزجره وفى ذلك يكون لاغيا لا متكلما مناديا وصار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح أن يقال كلمه اذا كان بحيث لولا الصمم سمع لا يقال يصح مثل هذا فى الميت لانا نقول يمينه لا تنعقد الا على الحى لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق فى الميت والبعيد الذى لا شعور له بندائه وكلامه لكن ما ذكر محمد فى السير الكبير اذا نادى المسلم أهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا أنهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو أمان قال السرخسى هذا يبين أن الصحيح فى مسئلة الايمان الحنث وان لم يوقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بان الامان يحتاط فى

وان لم يكن له قدرة لمكان التصور والحلف فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هنالك عقيب وجوب الصوم كذا فى الفوائد الظهيرية والله تعالى أعلم بالصواب

(باب اليمين فى الكلام)

(قوله ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا أنه نائم حنث) اعلم أن التكلم عبارة عن اسماعه كلامه كما فى تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا أن اسماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدى اليه مقامه وهو أن يكون بحيث لو أصغى اليه أذنه ولم يكن به مانع يسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع كذا فى مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله وذكر فى الذخيرة لا يحنث حتى يتكلم بكلام مستأنف بعد اليمين منقطع عنها فان كان موصولا لم يحنث نحو أن يقول ان كلمتك فانت طالق فاذهبى او قومى لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين وكذلك اذا قال واذهبى الا أن يريد بهذا كلاما مستأنفا فعلى هذا لو قال الرجل لغيره ان ابتدأتك بالكلام فعبدى حر فالتقيا وسلم كل واحد منهما على صاحبه معا لم يحنث الحالف فيه لان شرط الحنث كلام موصوف بصفة البداءة والبداءة بالسبق والحالف ان كلمه بالسلام الا أنه لم يسبقه ويسقط اليمين عن الحالف بهذا الكلام حتى لا يحنث أبدا بحكم هذه اليمين لوقوع اليأس عن كلامه بصفة البداءة لان كل كلام يوجد بعد هذا من الحالف انما يوجد بعد كلام المحلوف عليه وعن هذه المسئلة قلنا ان الرجل اذا قال لامرأته ان ابتدأتك بكلام فانت طالق وقالت المرأة له ان ابتدأتك بكلام فجاريتى حرة ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث فى يمينه لان المرأة كلمته بعد اليمين حيث قالت ان ابتدأتك بكلام فلا يكون الزوج مبتدئا لها ثم المرأة بتكلمها لا تحنث فى يمينها أيضا لانها ما ابتدأت بالكلام (قوله فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا أنه لم يفهمه لتغافله) فانه هنالك يحنث لانه أوقع

شرع فى بيان الفعل الجامع الذى يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين فى العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين فى الحج والصلاة والصوم من أنواع الكلام فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع (ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا أنه نائم حنث) نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام أن التكليم عبارة عن اسماع كلامه كما فى تكليم نفسه فانه عبارة عن اسماع نفسه الا أن اسماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدى اليه مقامه وهو أن يكون بحيث لو أصغى اليه أذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح وقوله (لتغافله) أى لغفلته وقوله (وفى بعض روايات المبسوط) يريد ما روى فى رواية فناداه وأيقظه يحنث فيه وهذه الرواية لا تشير الى اشتراط الايقاظ للحنث وذكر فى بعض الروايات فناداه أو أيقظه وهذه تدل على أنه متى ناداه بحيث لو كان يقظان لسمع صوته حنث وان لم يوقظه وقال شمس الائمة السرخسى والاظهر أنه لا يحنث واليه شار بقوله وعليه مشايخنا والوجه ما ذكره فى الكتاب

(باب اليمين فى الكلام) (قوله اذ اليمين الى قوله على ذكر النوع الخ) أقول فيه تأمل

بوقله وعليه عامة مشايخنا لانه اذا لم يتنبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته (ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث) لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام أومن الوقوع فى الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال أبو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق

اثباته وقيل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بما نسب اليه ماذكر فى باب التيمم من أن المتيمم اذا مر وهو نائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه وقد تقدم هنالك مافيها من الاستبعاد للمشايخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيرة ماء لا يعلم بها لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس وأضيف الى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ وفى الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستانف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي أواخرجي أوقومي أوشتمها أوزجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين الا أن يريد به كلاما مستانفا وهو وجه لاصحاب الشافعي وبه قال الشافعي فى الاظهر وأحمد ومالك وفى المنتقى لو قال فاذهبي أوواذهبي لا تطلق ولو قال اذهبي طلقت لانه منقطع عن اليمين وأما مافى نوادر ابن سماعة عن محمد لا أكلمك اليوم أوغدا حنث لانه كلمه اليوم بقوله أوغدا فلا شك فى عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا أراد أن يحلف على أحد الامرين لا يقال الا كذلك وعلى هذا اذا قال لآخران ابتدأتك بكلام فعبدى حر فالتقيا فسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور أن يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها ان ابتدأتك بكلام وقالت هى له كذلك لا يحنث اذا كلمها لانه لم يبتدئها ولا تحنث بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث الا أن لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي رحمهما الله قضاء أيضا ولو قال السلام عليكم الا على واحد صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلاة فان كان اماما قيل ان كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث وان كان عن يساره يحنث لان الاولى واقعة فى الصلاة فلا يحنث بها بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بها لانها فى الصلاة من وجه وكذا عن محمد لا يحنث بهما وهو الصحيح والاصح مافى الشافى أنه يحنث الا أن ينوى غيره وفى شرح القدورى فيما اذا كان اماما يحنث اذا نواه وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل عندهما وعند محمد لا يحنث مطلقا لان سلام الامام يخرج المقتدى عن الصلاة عنده خلافا لهما وبه قال مالك ولو دق عليه الباب فقال من حنث وقال أبو الليث لو قال بالفارسية كيست لا يحنث ولو قال كى تر حنث وبه أخذوه المختار ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أولبى حنث ولو كلمه الحالف بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو أراد أن يأمره بشئ فقال وقد مر المحلوف عليه يا حائط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه لا يحنث قاله فى الذخيرة ولو حلف لا تتكلم فناول امرأته شيئا وقال هاحنث ولو جاءه كافر يريد الاسلام فبين صفة الاسلام مسمعا له ولم يوجه اليه لم يحنث وفى المحيط لو سبح الحالف للمحلوف عليه للسهو أوفتح عليه القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلاة يحنث ولو كتب اليه كتابا أوأرسل رسولا لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا خلافا لمالك وأحمد واستدلالهم بقوله تعالى وما كان لبشر أن يكلمه الله الا وحيا أومن وراء حجاب أويرسل رسولا أجيب عنه بان مبنى الايمان على العرف واعلم أن الكلام لا يكون الا باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والبشارة تكون بالكتابة لا بالاشارة والايماء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة أيضا فان نوى فى ذلك كله أى فى الاظهار والافشاء والاعلام والاخبار كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو حلف لا يحدثه لا يحنث الا أن يشافهه وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة ولو قال لا

صوته فى اذنه وان لم يفهم لتغافله أى لغفلته فيحنث ألا ترى أنه لو ناداه وهو بعيد يسمى هاذيا ولو ناداه وهو قريب يسمى مناديا كذا فى المبسوط (قوله وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع) فان قيل يشكل بما اذا أذن لعبده وهو لا يعلم صار ماذونا عند أبى حنيفة رحمه الله قلنا ان العبد كان من أهل التصرف بالآدمية الا أنه كان

وانه

وأنه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من أعمال القلب ولا كذلك الاذن على مامر قال (وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ماوراءه فبقى الذى يلى يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم تتابد اليمين فكان ذكره

ابشره فكتب اليه حنث وفى قوله ان أخبرتنى أن فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه فعلى الصدق خاصة وكذا ان أعلمتنى وكذا البشارة ومثله ان كتبت الى أن فلانا قدم فكتب قبل قدومه فوصل اليه الكتاب حنث سواء وصل اليه قبل قدومه أو بعده بخلاف ان كتبت الى بقدومه لم يحنث حتى يكتب بقدومه الواقع ذكر هشام عن محمد سالنى هرون الرشيد عمن حلف لا يكتب الى فلان فامر من يكتب اليه بايماء أواشارة هل يحنث فقلت نعم يا أمير المؤمنين اذا كان مثلك قال السرخسى وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه وانما يامر ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه لا يحنث عند أبى يوسف ويحنث عند محمد لان المقصود الوقوف على مافيه لا عين التلفظ به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام احدهما الا أن ينوى كلام كل منهما فيحنث بكلام أحدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه فى بعض المواضع (قوله ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان) أى بالاشتقاق الكبير (أومن الوقوع فى الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع) قال المصنف (وقال أبو يوسف لا يحنث) وهذه رواية عنه كما ذكر الاقطع فى شرحه حيث قال ظاهر قولهم يحنث وعن أبى يوسف لا يحنث ووجه هذه الرواية عنه أن الاذن هو الاطلاق وأنه يتم بالآذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه الا برضا فلان فرضى ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث أجاب المصنف بان الرضا من عمل القلب ولا كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضا ظاهرا لكن معناه الاعلام بالرضا فلا يتحقق بمجرد الرضا وما نوقض به من أنه ذكر فى التتمة والفتاوى الصغرى اذا أذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا دفع بانه يدل على نقيض مقصود المورد لدلالته على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار ماذونا فعرف انه ليس له قبل العلم حكم الاذن يدل عليه مافى الشامل فى قسم المبسوط أذن لعبده فلم يعلم به ولا أحد من الناس فتصرف العبد ثم علم باذنه لم يجز تصرفه غاية مافيه أن الاذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه وقوله على مامر يعنى ماتقدم آنفا من قوله لان الاذن مشتق من الاذان الخ (قوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو) أى ابتداء الشهر (من حين حلف) لان دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف يوجب ترك الكلام من الآن ونظيره اذا أجره شهرا لان العقود ترادلدفع الحاجة القائمة فى الحال ظاهرا فكان ابتداؤه من وقت العقد ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون وأما الاجل فى قوله كفلت لك بنفسه الى شهر اختلف فى أنه لبيان ابتداء المدة أو لانتهائها فعن أبى يوسف لانتهاء المطالبة فلا

محجور لحق المولى فاذا أذن المولى فقد ارتفع المانع وارتفاع المانع لا يتوقف على سماعه وعلمه وأما فى اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام بذلك (قوله وانه يتم بالآذن كالرضا) يعنى اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لما أن الرضاء يتم بالراضى فكذلك الاذن يتم بالآذن (قوله ولا كذلك الاذن على مامر) وهو قوله لان الاذن مشتق من الاذان الذى هو الاعلام ولا يتحقق ذلك الا بالسماع (قوله وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف) الى قوله عملا بدلالة حاله وهو الغيظ الذى لحقه فى الحال لان الحامل على اليمين غيظ لحقه منه فى الحال فيمنع نفسه عن التكلم معه فى الحال (قوله لانه لو لم يذكر الشهر) لتابد اليمين اما لان قوله لاصومن اثباتى بخلاف قوله لا يكلمه فانه عدمى والعدمى يستغرق بخلاف الاثباتى ألا ترى أنه كيف استغرق النهى فى قوله لا يفعل ولم يستغرق الامر فى قوله افعل واما لان الصوم غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التى لا تصلح أن تكون محلا للصوم بخلاف الامتناع عن الكلام فان الاوقات كلها سواء فى حقه فكان

(ولو حلف لا يكلمه الا باذنه) ظاهر وقوله (وأنه يتم بالاذن كالرضا) يعنى أنه اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لان الرضا يتم بالراضى فكذلك الاذن يتم بالآذن قلنا الرضا من أعمال القلب فيتم بالراضى ولا كذلك الاذن على مامر انه اما من الاذان الذى هو الاعلام أومن الوقوع فى الاذن وذلك يقتضى السماع ولم يوجد واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا اذا أذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير ماذونا فلم يكن الاذن محتاجا الى الوقوع فى الاذن وأجيب بان الاذن هذا فك الحجر فى حق العبد والعبد يتصرف باهلية نفسه وما لكيته فيثبت بمجرد الاذن وامافى اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام بذلك وهو مبنى على تخصيص العلة وأمره واضح عند الاصولى (وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين)

(قوله فرضى المحلوف عليه بالاستثناء) أقول يعنى المستثنى (قوله اذا أذن له مولاه) أقول أنكر الاتقانى كون العبد ماذونا بلا علمه فراجعه الى الشرح

لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه (وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن فى صلاته لا يحنث وان قرأ فى غير صلاته حنث) وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى لانه كلام

يلزم باحضاره بعد الشهر وألحقاها بآجال الديون فجعلاها لبيان ابتدائها فلا يلزم باحضاره قبل الشهر وهو أحسن لان الاجل فى مثله للترفيه بخلاف ما لو قال والله لأصومن شهرا فانه نكرة فى الاثبات والنذر يوجب شهرا شائعا يعينه الحالف ولا موجب لصرفه الى الحال وأما قول المصنف لو لم يذكر الشهر تتأبد فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقى ما يلى يمينه داخلا عملا بدلالة حاله فظاهره أنه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن الشارحين من قرره وجهين لان دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء الى ما يلى الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو أطلق تأبد متصلا بالايجاب ولا يخفى أن ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالاصل لا بدلالته على النفى ولو فرض له دلالة على نفى الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلى شهرا ابتداؤه من الحال فلذا جعل المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا الا أنك علمت من تقريرنا أن لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التأبيد والاخراج وأما فرع على استقلال الاخراج مما ذكره التمرتاشى من قوله ان تركت الصوم شهرا أو كلامه شهرا تناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا ان لم أساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا فى عمره حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه نعم ان كان فى مثله عرف يصرفه الى الوصل بالحلف والا فلا (قوله ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن فى الصلاة لا يحنث وان قرأ فى غير الصلاة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير) اذا فعله فى الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث وهذا جواب الاستحسان وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى لانه أى القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا انه فى الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء وان مما أحدث أن لا يتكلم فى الصلاة متفق عليه وأما الحديث الذى ذكره المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس ولا يستلزم نفى الكلام مطلقا وهذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفى العرف المتأخر لا يسمى التسبيح والقرآن أيضا ومامعه كلاما حتى انه يقال ان سبح طول يومه أو قرأ لم يتكلم اليوم بكلمة اختار

ذكر الشهر لتقدير الصوم به وانه منكر ولم يتعين الشهر الذى يلى اليمين وبمثله ان تركت الصوم شهرا يتعين الشهر الذى يليه ولو قال صوم شهر لا يتعين لان فى الاول أدخل اللام فيه فاقتضى صوم العمر فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه عن اليمين وفى الثانى أضاف الصوم الى الشهر فصار الشهر لتقدير الصوم كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله فان قيل يشكل بما اذا قال أمرك بيدك شهرا فانه يتعين الذى يليه وان كان لا يتأبد لو لم يذكر الشهر قلنا قوله أمرك بيدك موجبه تفويض الطلاق اليها فى الساعة ويقتصر على المجلس فذكر الشهر فيه لمد الحكم من هذه الساعة الى الشهر فتعين الشهر اذ لو لم يتعين لا يكون لمد الحكم من هذه الساعة الى الشهر بخلاف فصل الصوم فان قوله والله لاصومن لا يتعين فيه الساعة ولا يقتصر على المجلس فافترقا (قوله وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن فى صلاته لم يحنث وان قرأ فى غير صلاته حنث لانه متكلم بكلام الله تعالى (قوله وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير) أى لا يحنث بها فى الصلاة ويحنث بها خارج الصلاة وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله ان عقد يمينه بالفارسية لا يحنث بالقراءة والتسبيح خارج الصلاة أيضا للعرف فانه يسمى قارئا ومسبحا لا متكلما وعليه الفتوى وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله لا يحنث خارج الصلاة اذا قرأ أو سبح أو هلل لانصراف يمينه الى كلام الناس والقياس أن يحنث فى الوجوه كلها لانه كلام حقيقة باعتبار أنه معنى ينافى السكوت والآفة والطفولة والخرس والقرآن كلام الله قال الله تعالى حتى يسمع كلام الله فالتكلم به فى حكم التكلم وكذا التسبيح والتهليل كلام أيضا قال عليه السلام ان الله تعالى

لان ما يلى اليمين صالح لحاجة البر أى جزء كان من أجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقعت النكرة فى سياق النفى كان اليمين مؤبدا فذكر الشهر لاخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهى الغيظ الذى لحقه فى الحال بخلاف ما لو قال والله لأصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين اما لانه نكرة فى سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتأبيد لتخلل الاوقات التى لا تصلح أن تكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم وأنه منكر فالنية تعينه وقوله (وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن) ظاهر

قال المصنف (وفى القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعى) أقول فى الكافى ما يخالفه فانه جعل قول الشافعى كقول خواهرزاده

حقيقة

حقيقة ولنا أنه فى الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس وقيل فى عرفنا لا يحنث فى غير الصلاة أيضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا (ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار) لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى

المشايخ أنه لا يحنث أيضا بجميع ذلك خارج الصلاة واختير للفتوى من غير تفصيل أى تفريق بين عقد اليمين بالعربية والفارسية وما ذكر فى بعض المواضع من أنه لو قال ان تكلمت بكلام حسن فأنت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لله لا اله الا الله الله أكبر طلقت ثلاثا لانه كلام متعدد لاستئناف كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد وقد يدفع بان الكلام فى مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد بقيد أصلا وأما الشعر فانه يحنث به لانه كلام منظوم وفى الحديث أصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد

ألا كل شئ ما خلا الله باطل * وكل نعيم لا محالة زائل

وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والايماء ونحوه (قوله ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار) فان كلمه ليلا أو نهارا حنث ثم قال المصنف فى وجهه لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية ليلا أو نهارا والكلام لا يمتد بل فى وجهه لانه عرض لا يقبل الامتداد الا بتجدد الامثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عند الموافقة صورة ومعنى والكلام الثانى يفيد معنى غير مفاد الاول فليس مثلا وما قيل الكلام يتنوع الى خبر واستخبار وأمر ونهى فلا يحمل على الكلام المطلق انه ممتد فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا أنه غير ممتد اذ كل نوع منه على هذا ممتد على أن اسم الكلام ليس الا الالفاظ مفيدة معنى كيفما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول أو لا وبه يندفع القولان ولذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح أن يقال الطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار المظروف أولى من اعتبار المضاف اليه كما فى قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان وقد تقدم تحقيق هذا الاصل فى الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وان الاولى الاعتبار بالعامل المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما أضيف اليه الظرف وعدمه لجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلى بخلاف ما أضيف اليه لانه ليس مقصودا الا لتعيين ما يتحقق فيه ما قصد الى اثبات معناه بالقصد الاول واستشكل بما لو قال والله لا أكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث لان الليل لم يدخل وكذا لو قال فى كل يوم لم يدخل الليل ذكر ذلك فى التتمة وبه قال الشافعى وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المصنف وجوابه أن المراد باليوم فيه النهار فى المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف النفى عند ذكر الغد والا لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا أكلمه اليوم وغدا وبعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعى وهو كقوله ثلاثة أيام وفى المسئلة الثانية ذكر كلمة فى فى كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف فى أنت طالق فى كل يوم تطلق ثلاثا فى ثلاثة أيام ولو قال كل يوم تطلق واحدة ولا يتحقق

اختار من الكلام أربعا هن من القرآن وليس بقرآن سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر (قوله فى الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا) أما عرفا فظاهر وأما شرعا فلان الشرع لم يجعل القارئ فى الصلاة متكلما حيث قال لا يصلح فيها شئ من كلام الناس والقراءة مشروعة فلا تكون كلاما (قوله لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت) اعلم أن لفظ اليوم يطلق على بياض النهار بطريق الحقيقة اتفاقا وعلى مطلق الوقت بطريق الحقيقة عند البعض فيصير مشتركا وبطريق المجاز عند الاكثر وهو الصحيح لان حمل الكلام على المجاز أولى من حمله على الاشتراك عند تعارض المجاز والاشتراك لان المجاز فى الكلام أكثر فيحمل على الاغلب ثم لا شك أنه ظرف فان كان مظروفه مما يمتد وهو ما يصح فيه ضرب المدة أى يصح تقديره بمدة كاللبس والمساكنة والركوب ونحوها فانه يصح أن يقدر بزمان يقال لبست هذا الثوب يوما وركبت هذه الدابة يوما وساكنته فى دار واحدة شهرا يحمل على بياض النهار لانه يصلح مقدرا له فكان الحمل

وقوله (ولو قال يوم أكلم فلانا) ههنا ثلاث عبارات نهار أكلم فلانا وليلة أكلم فلانا ويوم أكلم فلانا فالاولى لبياض النهار خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث

ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لايمتد (وان عنى النهار خاصة دين فى القضاء لانه مستعمل فيه أيضا وعن أبى يوسف أنه لايدين فى القضاء لانه خلاف المتعارف (ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لانه حقيقة فى سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وماجاء استعماله فى مطلق الوقت (ولو قال ان كلمت فلانا الا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال الا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث)

التحديد لو أريد باليوم مطلق الوقت (قوله وان عنى النهار خاصة) أى بلفظ اليوم (دين) أى صدق (فى القضاء لانه مستعمل فيه) أى لانه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضى وان كان فيه تخفيف على نفسه أو هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن أبى يوسف لايدين فى القضاء لانه خلاف المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء (قوله ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة) لانه حقيقة فى سواده كالنهار للبياض خاصة وما نافية وجاء استعماله فى مطلق الوقت كما جاء فى لفظ اليوم وأورد عليه قول القائل

وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة * ليالى لاقينا جذاما وحميرا
سقيناهم كأسا سقيناه مثلها * ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم تكن ليلا أجاب شمس الائمة بان المذكور الليالى بصيغة الجمع وذكر أحد العددين بصيغة الجمع ينتظم ما بازائه من الآخر ولا كذلك المفرد يعنى ذكر الليالى ينتظم الايام التى بازائها كما أن ذكر الايام ينتظم الليالى التى بازائها قال تعالى أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام وفى آية أخرى ثلاث ليال سويا والقصة واحدة وليس الكلام الا فى المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالقلب ونازع فيه بعضهم بانه يقتضى أن الشاعر قصد أن الملاقاة كانت مستوعبة لليالى تتبعها أيام بقدرها والمتعارف فى مثل هذا الكلام انه انما يقصد به الوقت لا الجمع بين الايام والليالى وليس هذا بشئ لان الواقع قد يكون أن الحرب دامت بينهم أياما وليالى وهذا كثير الوقوع فاراد أن يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده ولا دخل لذلك فى خصوص عرف (قوله ولو قال ان كلمت فلانا الا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو الا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم أو الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث

عليه أولى وان كان مظروفه الايمتد كالخروج والدخول والقدوم اذ لا يصح تقديره هذه الافعال بزمان يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب واختلفت عبارة المشايخ رحمهم الله فى قوله اذا قرن بفعل لا يمتد ذكر بعضهم أن الفعل المقرون به هو الذى تنتصب به اليوم كالامر باليد فى قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان فانه مما يمتد فلهذا اختص ببياض النهار وذكر بعضهم أن الفعل المقرون به هو الذى أضيف اليه اليوم كما فى قوله يوم أكلم فلانا فامرأته طالق حيث قال والكلام مما لا يمتد فحمل على مطلق الوقت وكذا قوله يوم أتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان التزوج مما لا يمتد وجعل الفعل المقرون به التزوج والمسائل فى الجامع الصغير وغيره لكن هذا تسامح فى العبارة لما لم يختلف الجواب فيما اذا كان المضاف اليه مما لا يمتد وكذا الجزاء كالطلاق والحرية تسامحوا فى ذلك فجعلوا الفعل المقرون به هو المضاف اليه أما فيما اذا كان المضاف اليه غير ممتد كالقدوم والجزاء ممتد كالامر باليد فى قوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان اعتبر والجزاء وحملوه على بياض النهار أخذا بالتحقيق فظهر من هذا أن المراد بالفعل المقرون به هو الجزاء لا المضاف اليه (قوله والكلام لا يمتد) فان قيل الكلام يمتد ولهذا يقبل التوقيت فيقال كلمت الى انسانا كما يقال لبست يوما قلنا الكلام عرض والعرض لا يقبل الامتداد لذاته وانما جعل ممتدا بتجدد أمثاله كالضرب والجلوس والركوب وغير ذلك الا أن استدامة الركوب أمثاله فى المرة الثانية مثل الاولى من كل وجه فجعل كالعين الممتد أما الكلام الثانى لا يكون مثل الاول من كل وجه اذ يكون بعضه خبرا وبعضه أمرا وبعضه نهيا فلم يستقم القول فيه بتجدد الامثال (قوله وماجاء استعماله فى مطلق الوقت) أى المذكور بعبارة المفرد أما

لانه

والثانية لسواده خاصة فلو كلمه نهارا لم يحنث وماجاء استعماله فى مطلق الوقت وماجاء فى قول الشاعر
وكنا حسبنا كل سوداء تمرة * ليالى لاقينا جذاما وحميرا
مرادا به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما فى الشعر بلفظ الجمع وذكر أحد العددين بعبارة الجمع يقتضى دخول ما بازائه من العدد الآخر وذلك أصل آخر غير ما نحن فيه والثانية يعتبر بما قرن به ان قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام مما لا يمتد وان قرن به ما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار والبحث فيه وظيفة أصولية وقد قررناه فى التقريرات عنى فى قوله يوم أكلم فلانا النهار خاصة صدق فى القضاء لانه مستعمل فيه أيضا قال الله تعالى اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة والمراد به بياض النهار وقوله لانه غاية) أما فى كلمة حتى

(قوله وماجاء استعماله فى مطلق الوقت) أقول لفظ ما نافية فى قوله وماجاء الخ (قوله وذكر أحد العددين الى قوله من العدد الآخر) أقول والتفصيل فى باب الاعتكاف

لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين

لانه غاية) أى لان القدوم والاذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا أن فعل الشرط المثبت فى اليمين يكون للمنع منه فيكون فى معنى المنفى به وبالقلب فقوله ان كلمته حتى يقدم بمعنى لا أكلمه حتى يقدم وان وقع خلاف ذلك فامرأته طالق واذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن فتبقى اليمين ما بقى عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وينتهى بعد الغاية لانها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما أن حتى غاية فظاهر واما ان الا أن غاية فلانه به ينتهى منع الكلام فشابهت الغاية فى المنع فاطلق عليها اسمها ومثله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذى بنوا ريبة اذا كانت الغاية فلو بهم الا أن تقطع قلوبهم أى الى موتهم وقيل هى استثناء على حالها وفيه شئ وهو أن تقدير الاستثناء فيها انما يكون من الاوقات أو الاحوال على معنى امرأته طالق فى جميع الاوقات أو الاحوال الا وقت قدوم فلان أو اذنه والا حال قدومه أو اذنه بتقدير مضاف الى المصدر المنسبك من أن يقدم وأن يأذن فان تقدير الا أن يأذن الا اذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضى أنه لو كلمه بعد القدوم أو الاذن حنث لانه لم يخرج عن أوقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم أورد أن الا أن شرط لا غاية لانها شرط فى قوله امرأته طالق الا أن يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد وأجيب بانها انما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله يعنى فتكون فيه للشرط اهـ وهذا يؤيد ما تقدم من أن الكلام مما تدل لانه الشرط هنا بخلاف ما ذكر المصنف ولما كان مظنة أن يعترض بان الشرط وهو الا أن يقدم مثبت فالمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجهه شارح آخر فقال وانما حمل على ان لم يقدم فى مسئلة الطلاق لا على ان قدم لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع وتحقيقه أن معنى التركيب وقوع الطلاق من الحال مستمر الى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله والمحقق من ذلك أن الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم وأمكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل أنت طالق ان لم يقدم فلا يقع الطلاق الا أن يموت فلان قبل أن يقدم أو يأذن لانه مطلق كقوله ان لم أطلقك فانت طالق قال تاج الشريعة ومهما أمكن المصير الى هذا المجاز يعنى الغاية لا يصار الى ذلك المجاز يعنى الشرط لان فى هذا اجراء المجاز فى مجرد الاستثناء

اذا ذكر بلفظ الجمع فلا يختص بسواد الليل كما فى قول الشاعر

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة * ليالى لاقينا جذاما وحميرا

والمراد به الوقت (قوله لانه غاية) أما فى كلمة حتى فظاهر لانها للغاية قال الله تعالى هى حتى مطلع الفجر وكذا الا أن قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث الى أن قال الا أن تغمضوا فيه معناه والله أعلم حتى تغمضوا فيه وكذا قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبى الا أن يؤذن لكم فان قيل كلمة الا أن للشرط بدليل أنه لو قال أنت طالق الا أن يقدم فلان فهو بمنزلة قوله ان لم يقدم فلان قلنا هى للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمل التأقيت حتى لو قال لها أنت طالق شهرا يتأبد وهذا لان كلمة الا للاستثناء حقيقة وبينه وبين الغاية مناسبة من حيث ان حكم كلمة ما قبل الغاية يخالف حكم ما بعدها كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده فان تعذر حمله على الاستثناء ينظر ان دخل على ما يتوقت حمل على الغاية كما فى مسئلة الكتاب وان دخل على ما لا يتوقت كالطلاق حمل على الشرط لان بين الشرط والاستثناء مناسبة أيضا من حيث ان حكم ما قبل الشرط يخالف حكم ما بعده الا أن مناسبة الغاية أكثر لان فى الاستثناء حكم الكلام ثابت فى المستثنى منه فى الحال وكذا حكم الكلام ثابت فى المغيا قبل وجود الغاية أما فى الشرط لا حكم للكلام قبل وجود الشرط فلهذا لم يتعذر حمله على الغاية وانما جعل مجازا عن اشتراط عدم القدوم لما بين استثناء الشئ واشتراط عدمه من المشابهة فان الشئ اذا استثنى عن حكم فذلك الحكم لا يثبت عند وجوده وانما يثبت عند عدمه فيجعل

فظاهر وأما فى الا ان فلما تقدم من مناسبة معنى الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازا للغاية قوله

(وان مات فلان سقطت اليمين) خلافا لابي يوسف لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين (ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث) لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك أو اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال هذا في اضافة الملك بالاتفاق

وفي ذلك اجزؤه في استثناء القدوم لانا نجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم واجراء المجاز في الجزء أولى منه في المجموع (قوله وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع منه كلام ينتهي) المنع منه (بالاذن والقدوم ولم يبق) الاذن ولا القدوم (بعد موت من اليه الاذن والقدوم متصور الوجود) فلم يبق البر متصورا والوجود وبقاء تصوره شرط ابقاء اليمين المؤقتة عند أبي حنيفة ومحمد على ما مر وهذه اليمين مؤقتة بوقت الاذن والقدوم اذ بهما يتمكن من البر اذ يتمكن من الكلام بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البر وعند أبي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين فأي وقت كلمه فيه يحنث فان قيل لا نسلم عدم تصور البر بموته لانه سبحانه قادر على اعادة فلان فيمكن أن يقدم ويأذن فالجواب أن الحياة المعادة غير الحياة المحلوف على اذنه فيها وقدومه وهي الحياة القائمة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشى لا يمكن اعادتها بعينها وان أعيدت الروح فان الحياة غير الروح لانه أمر لازم للروح فيما له روح (قوله ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا له بعينه) انما أراد من ينسب اليه بالعبودية أو امرأة فلان الخ اعلم انه اذا حلف على هجران محل مضاف الى فلان كلا يكلم عبد فلان أو زوجته أو صديقه أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب فرسه أو لا يأكل من طعامه فلا شك أن هذه الاضافة في الكل معرفة لعين ما عقد اليمين على هجره سواء كانت اضافة ملك كعبده وداره ودابته أو اضافة نسبة أخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالاضافة مطلقا تفيد النسبة والنسبة أعم من كونها نسبة ملك أو غيره فلا يصح جعل اضافة النسبة تقابل اضافة الملك كما فعل المصنف وغيره لانه لا تقابل بين الاعم والاخص الا أن يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محمل الجعل المذكور للمصنف واذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك اما أن يقرن به لفظ الاشارة كقوله لا يكلم عبده هذا أو زوجته هذه أو لا فعلى تقدير عدم الاشارة الظاهر أن الداعي في اليمين كراهته في المضاف اليه والا لعرفه باسم العلم ثم أعقبه بالاضافة ان عرض اشتراك مثل لا أكلم راشدا عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد أو فلانة زوجة فلان كذلك فاما اقتصر على الاضافة ولم يذكر اسمه ولا أشار اليه كان الظاهر أنه لمعنى في المضاف اليه وان احتمل أن يهجر بعضها لذاته أيضا كالزوجة والصديق فلا يصار اليه بالاحتمال وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الاضافة وقت الفعل بان كان موجودا وقت اليمين ودامت الاضافة الى وقت الفعل أو انقطعت ثم وجدت بان باع وطلق ثم استرد أو لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم تكن له زوجة فاستحدث زوجة ينبغي أن يحنث في قول أبي حنيفة ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي عنها صحت الاضافة بان باع فلان عبده وداره وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث وكذا اذا لبس الثوب أو دخل الدار أو ركب الدابة لا يحنث لما قلنا ان اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال أنها زائلة عنده وهذا الاصل على قول أبي حنيفة وأما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الاضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي اضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فتفرع على هذا انه لو طلق زوجته وعادى صديقه

استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم) فيصير كانه قال أنت طالق ان لم يقدم فلان وهذا لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على عدم الطلاق فصار عدمه علما على الوقوع ضرورة (قوله لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم) يعني الممنوع باليمين كلام ينتهي منعه بالاذن والقدوم له وبعد ما مات

(وان مات فلان) يعني الذي أسند اليه القدوم أو الاذن سقط اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل اعادة الحياة ممكنة فكان الواجب أن لا يبطل اليمين فالجواب أن اليمين انعقدت على القدوم أو الاذن في حياته القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لا محالة ولهذا قلنا اذا قال لاقتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا تنعقد اليمين لانها وقعت على الحياة القائمة قال (ومن حلف لا يكلم عبد فلان) اذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب اضافي فاما أن يكون مع الاضافة اشارة أولا وكل منهما اما أن تكون الاضافة اليه اضافة ملك أو اضافة نسبة فان لم تكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه في اضافة الملك بالاتفاق

(قوله فلما تقدم من مناسبة الخ) أقول في باب اليمين في الخروج والاتيان (قوله وهي غير المعادة) أقول أي بالاعتبار قال المصنف (ولم يبق بعد الموت متصور الوجود) أقول ليتصور كف النفس عن المدلول عليه باليمين فليتامل قال المصنف (لانه عقد يمينه على فعل واقع) أقول المحلوف عليه هنا الترك لا الفعل

وفي

وفي اضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة والصديق قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك (وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحنث في العبد أيضا) وهو قول زفر (وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف) وجه قول محمد وزفر أن الاضافة للتعريف والاشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف الاضافة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما أن الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف

واستحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم المتروك حنث وهذا ما نقله المصنف عنه من الزيادات ووجهه ما جوزناه في أصل أبي حنيفة من أنهما يقصدان بالهجر لانفسهما لا لغيرهما فكانت الاضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها أو وجودها وقت الفعل فتعلق الحكم أي الهجر بعينه كما في الاشارة فانه اذا قال لزوجة فلان هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فالاتفاق أنه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر ووجه المذكور في الجامع لابي حنيفة ما تقدم من أن الظاهر أن الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه وأقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وأن يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك فظهر بما ذكرنا أن ما ذكره في النهاية وغيرها من قوله الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم توجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر بها وقت الفعل ثم وجه الفرق بان في اضافة الملك الحامل على اليمين معنى في المالك لان هذه الاشياء لا تعادى لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بان العبد يتصور منه الاذى أجيب بان ابن سماعة ذكر في نوادره أنه يحنث عند أبي حنيفة لهذا ووجه الظاهر أن العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار فالظاهر أنه ان كان منه أذى انما يقصد هجران سيده بهجرانه ولا يخفى انه أعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله أصلا لهذه المسائل ليس بصحيح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه أو انه الاصل لصاحب المذهب هذا وروى أن هشاما أخبر أن محمدا رجع الى قول أبي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة فاما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا أو داره هذه أو امرأته هذه أو صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك وأحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر فلزم اعتبارها وسقوط الاخرى واذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتبارها فتتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف غير المملوك فانه لما كان مما يعادى لنفسه كما يعادى لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا

فلان لم يبق الكلام بهذه الصفة متصور الوجود فسقطت اليمين كما في مسئلة الكوز (قوله ولهذا لم يعينه)

فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا طلق امرأته أو عادى صديقه عنده وعند محمد يحنث كذا قاله في الزيادات وجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه أي بعين كل واحد منهما كما في الاشارة بان قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه (ووجه ما ذكر ههنا) يعني عدم الحنث وهو قول أبي حنيفة رحمه الله (وهو رواية الجامع الصغير) فانه ذكر قول محمد في الزيادات وقول أبي حنيفة في الجامع الصغير ولم يذكر لابي يوسف قولا وقال فخر الاسلام يحتمل أن يكون قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه أي كل واحد من المرأة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل أن لا يكون فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان هذه أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحنث في العبد أيضا وهو قول زفر وجه قولهما ان الاضافة

(قوله ووجه ما ذكر ههنا) أقول ووجه ما ذكر مبتدأ خبره يجيء بعد أسطر وهو أنه يحتمل الخ

للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف وماهو للتعريف يلغو عند وجود ماهو أبلغ منه فيه والاشارة أبلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز أن يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ووجه قولهما أن الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه وتقريره لانسلم أن الاضافة للتعريف بل لبيان أن الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان أي الدار والدابة والثوب لاتهجر ولاتعادي لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادي لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعين أي لعدم تعين المضاف اليه للهجران لكون المضاف أيضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك لتعين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمرأة يجوز أن تهجر لذاتها لشؤمها كما جاء في الحديث وأجيب بان ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبرا وقوله (وان حلف لايكلم صاحب هذا الطيلسان) ظاهر

(قوله لان هذه الاعيان أي الدابة والثوب الخ) أقول فيه أن الدابة والثوب ليسا بمذكورين فيما سبق فتعميم الاشارة لهما أيضا لابدله من توجيه الانسان

والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم قال (وان حلف لايكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث) لان هذه الاضافة لاتحتمل الا التعريف لان

يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين أي لانه لم يتعين بخلاف ما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لان يعادي لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة أخرى لكن الواقع أن لها فائدة وهي افادة أن الهجران منوط بنسبته الى المضاف اليه لغيظ منه فيعتبر كل منهما لفائدته وقد رجح ابن العز قول محمد وزفر بان العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو أراد هجرانه لاجل سيده لم يحتج الى لاشارة فلما أشار اليه بقوله هذا علم أن مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد أظهر لما هو ر صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى وما ذكر من أن لكل فائدة ففائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر قد يدفع بان الاضافة تستقل بالفائدتين فانها أيضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما تفيد الآخر وجوابه أن الاشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التخصيص أيضا وهذا لايحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبدله وفي قوله عبد فلان هذا لايحنث بكلام عبد آخر لفلان وان كانت الاضافة تفيد أن سبب هجر العبد نسبته لسيده لكن الحنث في الايمان لايثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين هذا الفقير لفقره لم يحنث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا لم تكن له نية أما لو نوى أن لايدخلها مادامت لفلان أولايدخلها وان زالت الاضافة فعلى مانوى لانه شدد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الاول وروي شذوذا عن أبي يوسف في دار فلان هذه أنه يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشيء وعنه أيضا لايحنث بالدار المتجدد ملكها لان الملك لايستحدث فيها عادة فانها آخر ما يباع وأول ما يشترى عادة فتقيدت اليمين بالقائمة في ملكه وقت الحلف أجيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه أيضا أن اليمين تتقيد في الكل بالقائم في ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لايتناول مايستحدث ملكه بخلاف قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلابد من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفي قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييدا لليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم في الحلف لايسكن دار الفلان لايحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيب غيره وفي بعض الشروح لاأتزوج بنت فلان لايحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغي أن تنعقد على الموجودة حال التزوج فلا جرم أن في التفاريق عن أبي يوسف ان تزوجت بنت فلان أو أمته انه على الموجود والحادث (قوله وان حلف لايكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث) بالاجماع (لان هذه الاضافة لاتحتمل الا التعريف لان

أي بالاشارة لم يقل امرأة فلان هذه أو صديق فلان هذا (قوله والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين) أي لانه لم يقل لاأكلم صديق فلان لان فلانا عدولي بخلاف ما تقدم أي من مسئلة الدار والثوب والعبد لان الداعي لمعنى في المضاف اليه فيها ظاهر لان تلك الاعيان لاتهجر لذواتها أما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية لانه لخسته وسقوط منزلته ألحق بالجمادات فيباع في الاسواق كما تباع البهائم فلا يقصد بالهجران فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها فان قيل يحتمل أن يكون الهجران لاجل ذات الدار والدابة على ماقيل الشؤم في الثلاث في الدار والمرأة والفرس قلنا ذلك احتمال لم يقترن به العرف والعادة لما أن هذه الاعيان لاتهجر ولاتعادي عادة لذواتها وما قلنا من هجران هذه

وقوله (وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين) جواب عما يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا الحنث اذا حلف لايأكل هذا الرطب فأكله بعد ماصار تمرا وتقريره الصفة في الحاضر لغو اذا لم تكن داعية الى اليمين وهذه كذلك على مامر من قبل يعني في أول باب اليمين في الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفتها داعية الى اليمين *(فصل)* لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقة بالازمان سماه فصلا (ومن حلف لايكلم فلانا حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان ولانية له على شيء من الوقت فهو على ستة أشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل) قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلاة وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر قال المفسرون المراد به أربعون سنة وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى تؤتي أكلها كل حين أي كل ستة أشهر فمن وقت الطلع الى وقت الرطب ستة أشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة أشهر ومعناه انه ينتفع بها في كل وقت لاينقطع نفعها البتة (وهذا هو الوسط فيصرف اليه) اذا لم تكن له نية وقوله (وهذا) أي الانصراف الى ستة أشهر (لان القصير لايقصد بالمنع) لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلايمين والمديد لايقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لان من أراد ذلك يقول أبدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت تأبد اليمين فحين ذكر لابدله من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لايكون لذكره فائدة فتعين الاوسط

(فصل) قال بعض أصحابنا الدهر بلام التعريف الخ) أقول ففي الدهر المعرف منهم مار وايتان فلاغبار في كلام الشرح

الانسان لايعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا أشار اليه (ومن حلف لايكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث) لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على مامر من قبل

(فصل) قال (ومن حلف لايكلم فلانا حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر) لان الحين قد يراد به لزمان القليل وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى تؤتي أكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لايقصد بالمنع

الانسان لايعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما لو أشار اليه) أي لي صاحب الطيلسان بان قال لاأكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان أبدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور أسود لحمته وسداه صوف (قوله ومن حلف لايكلم هذا الشاب فكلمه بعدما صار شيخا حنث لان الحكم معلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو) ولا تتقيد بشبيبته وأورد عليه أنه تقدم لو حلف لايأكل هذا الرطب فأكله بعدما صار تمرا لايحنث مع أن الصفة في الحاضر لغو فأجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ يعني أن الصفة تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس الى الحلف على تركه فتقيد به بخلاف الشيبية هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفي الوجيز لبرهان الدين محمود البخاري حلف لايكلم صبيا أو غلاما أو شابا أو كهلا فالكلام في معرفة هؤلاء في ثلاثة مواضع في اللغة والشرع والعرف أما اللغة فقالوا الصبي يسمى غلاما الى تسع عشرة ومن تسع عشرة شاب الى أربع وثلاثين ومن أربع وثلاثين كهلا الى احدى وخمسين ومن احدى وخمسين شيخ الى آخر عمره وأما الشرع فالغلام لمن لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفتى وعن أبي يوسف ان من ثلاث وثلاثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال القدوري قال أبو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا أن يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلاثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلاثين الى مائة سنة وأكثر والشيخ من أربعين الى مائة وهنا روايات أخرى وانتشار والمعول عليه ما به الافتاء

*(فصل في يمين من حلف لايكلم فلانا حينا أو زمانا) لما كان ما فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل (قوله ومن حلف لايكلمه حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر في النفي) كلاأكلمه الحين أو حينا (والاثبات نحو لاصومن حينا أو الحين أو الزمان أو زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا معينا من الزمان فان نوى مقدارا صدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان للقدر المشترك بين القليل والكثير

الاعيان بسبب ملاكها مؤيد بالعرف فكان أولى (قوله فصار كما اذا أشار اليه) أي قال لاأكلم صاحب الطيلسان هذا وان كلم المشتري لايحنث لما بينا (قوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين) جواب سؤال يرد على قوله اذ الصفة في الحاضر لغو بان يقال الصفة قد اعتبرت في الحاضر في قوله لاآكل هذا الرطب حتى لايحنث اذا أكله بعدما صار تمرا فأجاب أن الصفة انما تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية الى اليمين وهذه الصفة غير داعية الى اليمين فلم تعتبر في الحاضر (قوله على مامر) أي فيما اذا حلف لاياكل لحم هذا الحمل فأكله بعدما صار شاة لم يحنث والله أعلم

(فصل) (قوله ومن حلف لايكلم فلانا حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان) فهو على ستة أشهر وانما استوى المعرف والمنكر لان ستة أشهر لما صارت معهودة فيما انصرف التعريف الى المعهود (قوله لان الحين يذكر ويراد به الزمان القليل) قال الله تعالى حين تمسون وحين تصبحون أي ساعة تمسون وساعة تصبحون والمراد به

وقوله (وكذا الزمان) ظاهر (وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني يقع على ستة أشهر المنكر والمعرف سواء (وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو) وهذا الاختلاف في المنكر وقوله (٤٢٨) (هو الصحيح) احترازعن رواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال لا فرق

لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ماذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال مارأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية أما اذا نوى شيا فهو على مانوى لانه نوى حقيقة كلامه (وكذلك الدهر عندهما وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو) وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح أما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما أن دهرا يستعمل استعمال

والمتوسط واستعمل في كل ذلك ففي القليل قول نابغة ذبيان

فبت كأني ساورتني ضئيلة * من الرقش في أنيابها السم ناقع

تبادرها الراقون من سوء سمها * تطلقه حينا وحينا تراجع

يريد أن السم تارة يخف ألمه وتارة يشتد وأما في الكثير فالمفسرون في هل أتى على الانسان حين من الدهر أنه أربعون سنة وأما في المتوسط فقوله تعالى تؤتي أكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة أشهر عن ابن عباس رضي الله عنه لان من حين يخرج الطلع الى أن يصير رطبا ستة أشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة أشهر ولان اليسير لا يقصد بالحلف والالم يحلف لتحقق الامتناع عنه عادة بلا يمين والمديد وهو أربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معنى الابد فيريده خارج عن العادة اذ لم يسمع من يقول لا أكلمه أربعين سنة مقيدا بها ولو سكت عن الحين ومامعه تأبد فالظاهر أنه حينئذ لم يرد أقل ما ينطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد ولا الاربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ماذكرنا والشافعي يصرفه الى الاقل وهو ساعة وعرفت أنه لم يقصد والا ترك ذكره ويحصل بلا حلف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال مارأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا أنه ثبت استعماله لستة أشهر ولا لاربعين سنة ولا لاقل ما ينطلق عليه بل انه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو أخو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وان يكن مثله في خصوص المدة فينصرف الى ماسمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه أنه للابد كالدهر والعمر ولذا صح الاستثناء منه فلو قال لا أكلمه الزمان الا سنة صح وعهدية الستة أشهر انما تثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله ان أريد في الوضع فسلم ولا يفيد الا ان المقصود أن يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطا وان أريد في الاستعمال فيحتاج الى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا أو زمانا كان له أن يعين أي ستة أشهر شاء وتقدم الفرق (قوله وكذلك الدهر عند أبي يوسف ومحمد) يعني المنكر ينصرف الى ستة أشهر اذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان فان كان عمل به اتفاقا

وقت الصلاة وقد يراد به أربعون سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر والمراد به أربعون سنة وقد يراد به ستة أشهر قال الله تعالى تؤتي أكلها كل حين باذن ربها وأنه ستة أشهر من حين يخرج الطلع الى أن يدرك الثمر فعند الاطلاق يحمل على الوسط من ذلك فان خير الامور أوساطها وانا نعلم أنه لم يرد الساعة لان الغضبان لا يعزم على ترك الكلام ساعة ولا يحلف على ذلك ونعلم أنه لم يرد به أربعين سنة لانه ان أراد ذلك يقول أبدا لانه بمنزلة الابد أو يسكت (قوله ولو سكت عنه يتأبد) أي لو سكت عن ذكر الحين وقال لا يكلم فلانا يكون على الابد فلما ذكر حينا مع ذلك وجب أن يستفاد منه معنى سوى المعنى الذي يستفاد عند عدم ذكره ليفيد ذكره وتلك الفائدة يجب أن لا يكون الزمان اليسير ولا أربعين سنة لما ذكرنا آنفا فتعين ماقلنا وهو ستة أشهر (قوله وقال أبو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لا أدري ما الدهر) أي في حكم التقدير لان الدهر يخالف الحين والزمان اذ معرفه يقع على الابد بخلاف الحين والزمان فلم يلحق بهما قياسا (قوله وهذا الاختلاف في المنكر) هو الصحيح قيد به لما روى بشر عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أن المعرف والمنكر

على قول أبي حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر واذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما أن يكون ستة أشهر كما قالوا واما أن يكون يقع على الابد كما قال بعض أصحابنا ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف بقوله أما المعرف بالالف واللام فيراد به الابد عرفا ووجه الجانبين في المنكر ماذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها أدنى الجمع المتفق عليه وكان أبو حنيفة أيضا قائلا في دهور منكرة بثلاثة منها فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد أجيب بان ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر فكانه قال من وقف على معنى الدهر يجب عليه أن يقول في الجمع المنكر منه بثلاثة كما في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة وبيان اختلاف الاستعمال فيه أن معرفه يقع على الابد بخلاف الحين والزمان ويقال دهري لمن قال بالدهر وأنكر الصانع وحكى الله تعالى عنهم الحين

(قوله ويقال دهري الى قوله عند الاطلاق) أقول فيه تامل

بقوله ومايهلكنا الا الدهر قال صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند الاطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون الا من كمال العلم والورع وقوله (ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه أنه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة أيام عنده كما في المعرف قال الامام الاسبيجابي (٤٢٩) في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع

الحين والزمان يقال مارأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى وأبو حنيفة توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال (ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث

وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ماهو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترازا عما ذكر الشيخ أبو المعين من رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله دهرا والدهر والصحيح أن المعرف بالاتفاق يصرف الى الابد وانما توقفه في المنكر لان استعماله لم تثبت على الانحاء الثلاثة المديد والقصير والوسط فلم يدر بماذا يقدر وتقديره بالمتيقن وهو أقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف وقيل لانه جاء في الحديث أن الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا أكلمه الدهر احتمل أن اليمين مؤبدة والمعنى والله لا أكلمه والله فانك علمت أن حرف القسم يحذف وينصب الاسم ويحتمل أنه أراد الظرف وهو الابد وقول الشاعر هل الدهر الا ليلة ونهارها * والا طلوع الشمس ثم غيارها فالنكرة وان كانت في الاثبات فهي للعموم بقرينة أي كل طلوع وكل غروب الخ وعرف أنها تستعمل في الاثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما أحضرت وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرف أيضا لان الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره نفسه رحمنا الله به وقد نظم جملة ماتوقف فيه فقال بعضهم

من قال لا أدري لما لم يدره * فقد اقتدى في الفقه بالنعمان

في الدهر والخنثى كذاك جوابه * ومحل أطفال ووقت ختان

والمراد بالاطفال أطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز ❁ فرع اذا قال لا أكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا فمرة قال في لله على صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر الا أن ينوي أقل أو أكثر (قوله ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام) ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق فانه قال وأجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا أو أزمنة أو شهورا أو سنين أو جمعا أو أياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها أدنى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان أنها على عشرة أيام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع أصح ووجهه المصنف بقوله لانه اسم جمع منكر فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث كما يتناول أكثر منه لكن لا معين للزائد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشتري عبيدا ولا يتزوج نساء يقع على ثلاثة وأورد أن حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف أبي حنيفة في معنى الدهر لان من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشيء اذ قوله الدهور الثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه أنه ماهو نعم يلزم لكل عاقل نفي أن يراد به الله سبحانه وتعالى لمكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على مامن الطلوع الى الغروب وان حلف بعده فهو على مامن وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يوما ومن دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع أو قبله والجواب في الليل مثله في

عنده سواء (قوله والمعرف لم يعرف استمراره) جواب عن قولهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان لاختلاف في الاستعمال قال الله تعالى ومايهلكنا الا الدهر وقال عليه السلام لا تسبوا الدهر فان هو الله الدهر

أصح لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على أقل الجمع وهو الثلاث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة وقالا على أيام الاسبوع والاصل أن حرف التعريف اذا دخل على اسم الجمع ينصرف الى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام الى عشرة أيام ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوما ومائة يوم وألف يوم فلما كانت العشرة أقصى ماينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى أقصى ماينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظران كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس أيام الاسبوع فكانت مرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف عنه الى جميع العمر وقوله (لانه يدور عليها) قيل أي لان الشهور تدور على اثني عشر وكان القياس أن يقول لانها تدور عليه ولكن أوّل بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني

(قوله ينصرف الى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع) أقول أي من العدد (قوله قيل أي لان الشهور الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني

ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة وقالا على أيام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده وعندهما على اثنى عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ماذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى أقصى مايذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة (وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين) وعندهما ينصرف الى العمر لانه لامعهود دونه

اليوم (قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة) وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين لان كل زمان ستة أشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى أيام الاسبوع وفي الشهور الى اثنى عشر شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد وجه قولهما ان اللام للعهد اذا أمكن واذا لم يمكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السبعة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف اليها ولا عهد في خصوص فيما سواهما فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جميع العمر أوهي للعهد فيها أيضا فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول المصنف لانه لامعهود دونه أي دون العمر وحاصله استغراق سني العمر وجمعه وله أنه جمع معرف باللام فينصرف الى أقصى ماعهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميزا لعدد قبله فانه يقال ثلاثة أيام فيكون لفظ أيام مرادا بها الثلاثة بيقين وكذا أربعة أيام وخمسة أيام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ماقطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله تعالى وقطعناهم اثنتى عشرة أسباطا أمما وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فان الجمع هنا وان أريد به يقينا مازيد على العشرة لكنه بوجود ذلك مرادا مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث يصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود مما يستعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس الا العشرة فمادونها والعشرة منتهى ماعهد شائعا ارادته به قطعا فيجب الحمل عليه بخلاف ما اذا لم يقع مميزا العدد نحو وتلك الايام نداولها بين الناس حيث أريد به جميع الايام فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر أن يراد باللام ذلك لكن المقرر انه حيث أمكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والفرض أن الحالف لم يرد شيأ بعينه فالواجب أن يصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر أقصى المعهود وان كان مادونه معهودا أيضا لانه كما عهد استعماله مميزا في العشرة عهد فيما دونها الاستغراق اللام ولما كان الاستغراق الذي حكم به عند عدم العهد انما ثبت لان مدخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى صرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير

فكان مجملا والتوقف في المجمل آية العلم والخوض بطريق القياس فيما طريقه التوقيف وهو اللغة والتقدير امارة القصور وتاويل الحديث أن العرب كانوا يزعمون أن الدهر هو المهلك على ماقال الله تعالى ومايهلكنا الا الدهر وكانوا يسبون الدهر فالنبي عليه السلام قال لا تسبوا مهلك الخلق ومفنيهم فان الله تعالى هو المهلك الا أنه مع هذا احترز وحفظ لسانه عن الكلام في الدهر وهذا من كمال الورع ونهاية الاحتياط وهو كما روى أن النبي عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا أدري حتى أسأل جبريل فسأل جبريل عليه السلام فقال لا أدري حتى أسأل ربي فصعد السماء ثم نزل وقال سألت ربي عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير أهلها من أن يكون أول الناس دخولا وآخرهم خروجا فعرفنا أن التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان (قوله فينصرف الى أقصى مايذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة) لان اسم الايام ينتهي بالعشرة اذا كان مقرونا بالعدد يقال ثمانية أيام وعشرة أيام فاذا جاوز العشرة لا يسمى أياما مقرونا بالعددية بل أحد عشر يوما ولا يقال أحد عشر أيام فثبت أن معهود الايام عشرة وكذلك الجواب عنده في الجمع والسنين أنه ينصرف الى العشرة لان العشرة معهود بلفظ الايام ونحوها الا أنها أكثر مايطلق عليه صيغة الجمع فاذا دخل عليه

فكان

كان للاستغراق وهنا أيضا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التي أولها ثلاثة وأقصاها عشرة ولا معين كانت لاستغراق المعهود وبهذا التقرير يندفع ماأورده ابن العز من قوله وهذا أي كون أقصى مايراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد واذا لم يذكر يسمى الزائد عليه بالجمع بلاريب وذكر شاهد ذلك قوله تعالى وتلك الايام نداولها وان عدة الشهور وقال وليس في قول الحالف لا أكلمه الشهور واسم العدد فلا يصح أن يقال انه أقصى مايذكر بلفظ الجمع وكذلك الايام وانما قلنا انه اندفع لانك علمت أن القصد تعيين ماعهد مرادا بلفظ الجمع على وجه الاستمرار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شئ بعينه فكون لفظ أريد به غير ماعهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفي عهديته في غيره وأما مشاحته الخبازي حيث قال الخبازي اسم الجمع للعشرة ومادونها الى الثلاثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشئ في جميع الاحوال كان أثبت مما هو اسم له في حال دون حال فلبست بشئ فانه دفع كلامه هذا بقوله كانه لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال انه للعشرة ومادونها حقيقة في حالين ولما فوقها في حالة واحدة وانما قالوا هذا في بعض أسماء الجموع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كما في رهط وذود ونفر الى آخر ماذكره ولم يعلم أن الاضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذي هو الجمع ومثل هذا في عبارات جميع أهل الفنون أكثر وأشهر من ان يخفى على ناظر في العلم فحاصل كلام الخبازي أن الجمع في العشرة فمادونها أثبت منه فيما زاد عليه لان الاول يراد به في حالتين والثاني في حالة يعني فكان الحمل على ماعهد له في الحالتين عند عدم المعين لازما وحقيقة ماذكرناه في مبدأ التقرير شرح له والله الموفق نعم لقائل أن يرجح قولهما في الايام والشهور بان عهدهما أعهد وذلك لان عهدية العشرة انما هو للجمع مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة يعني الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض في خصوص مادة من الجمع كالايام عهدية عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود أولى وقد عهد في الايام السبعة وفي الشهور الاثنى عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين اليهما أولى بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد في مادتيهما عدد آخر فيصرف الى ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة المسماة بيوم السبت ويوم الاحد الى آخره والكلام في لفظ أيام اذا أطلق هل عهد منه تلك الازمنة الخاصة للسبعة لاشك في عدم ثبوته في الاستعمال اذ لم يثبت كثرة اطلاق لفظ أيام وشهور ويراد به يوم السبت والاحد الى الجمعة والمحرم وصفر الى آخرها على

لام التعريف تناول ماهو الاكثر حملا على الاستغراق وهذا لان الكل من الايام عشرة والاقل ثلاثة والكل من الاقل بمنزلة العام من الخصوص والاصل في العام هو العموم مالم يقم الدليل على الخصوص فيحمل على الكل مالم يقم الدليل على الاقل فكان الصرف الى تعريف هذا المعهود أولى من الصرف الى تعريف الاسبوع فان الاسبوع ينتهي أيامها باساميها واللام انما دخلت على الايام فالصرف الى تعريفها في نفسها أولى فان قيل انما تنتهي الايام الى عشرة لغة اذا كانت مقرونة بالعدد لا مطلقة فان الله تعالى قال وتلك الايام نداولها بين الناس لا يراد بها العشرة قصرا عليها والايام هنا ذكرت مطلقة عن العدد قلنا اسم الجمع للعشرة ومادونها الى الثلاثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد وهو اسم لما زاد على العشرة عند الاطلاق لا عند الاقتران بالعدد والشئ متى كان اسما للشئ في جميع الاحوال كان أثبت مما هو اسم له في حال دون حال ولان الزائد على العشرة أيام عند الاطلاق ويوم عند اقترانه بالعدد فلم يدخل تحت الايام التي هي اسم جنس من كل وجه فان قيل اذا حلف لا يتزوج النساء أولا يشتري العبيد لا ينصرف الى العشرة بل الى الواحد قلنا الفرق بين جميع الازمان وجميع الاعيان من وجهين أحدهما أنه تعذر الصرف الى كل الجنس في جميع الاعيان فينصرف الى الادنى لامحالة بيانه أن معنى الجمع لو كان مرعيا في جميع الاعيان فالحنث في الوجود مفتقر الى ذلك الفعل في كل فرد من أفراد الزمان بدليل أن من حلف لا يكلم فلانا عشرة أيام يحنث بكلامه في يوم منها ولو حلف لا يشتري عشرة أثواب لم يحنث بشراء ثوب واحد والثاني أن في سائر جميع الاعيان لو بقي معنى

(ومن قال لعبده ان خدمتنى أياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند أبى حنيفة رحمه الله عشرة أيام) لانه أكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة أيام لان مازاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة أيام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع

الخصوص بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين فالجواب منع توقف انصراف اللام الى العهد على تقدم العهد عن لفظ النكرة بل أعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ أولا عنه فانه اذا صار المعنى معهودا باى طريق فرض ثم أطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكرى وعلى ومثل الثانى بقوله تعالى اذ هما فى الغار فان ذات الغار هى المعهودة لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلى هذا فيجب جعل ما سماه طائفة من المتاخرين بالعهد الخارجى أعم مما تقدم ذكره أو عهد غيره كما ذكرنا ونظير هذا قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عملا عهد مستمرا ثم يطلق اللفظ الذى يعمها وغيرها فيقيد بها لعهديتها عملا لا لفظا ولا قوة الا بالله (قوله ومن قال لعبده ان خدمتنى أياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند أبى حنيفة عشرة أيام لانه أكثر ما تناوله اسم الايام) على اليقين على ما تقدم (وقالا سبعة أيام لان مازاد عليها تكرار) وقد يقال قد تقدم فى قضاء الفوائت ان الكثرة بالدخول فى حد التكرار ومقتضاه ان نظر الى الكثرة بهذا المعنى هنا أن لا يحنث الا بثمانية أيام وانما لم ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف يختلف فربما يقال فى السبعة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فانه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط وصورة المسئلة أن لا نية للقائل فى مقدار الكثير ففرع كل على أصله ثم قال أبو اليسر أما بلساننا فلا يجىء هذا الاختلاف بل يصرف الى أيام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده اكر خدمت كنى مرا روزهاى بسيار توازاوى اذا خدم سبعة أيام يعتق لان فى لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظة روز فلا يجىء ما قال أبو حنيفة من انتهاء الايام الى العشرة وهذا حسن والله أعلم ❁ فروع قال أول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من أول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند رأس الشهر أو عند رأس الهلال أو اذا أهل الهلال ولا نية له فله الليلة التى يهل فيها ويومها وان نوى الساعة التى أهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وفيه تغليظ عليه ولو قال أول الشهر ولا نية له فله من اليوم الاول الى خامس عشره وان قال آخر الشهر فمن سادس عشره الى آخره أو غرة الشهر فالليلة الاولى واليوم الاول فى العرف وان كان فى اللغة للايام الثلاثة أو سلخ الشهر فالتاسع والعشرون وان قال صلاة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس له من حين تبدو الى أن تبيض وان قال وقت الضحوة فمن

الجمعية وصرف ذلك اللفظ الى عدد من الاعداد يبقى جمعا منكرا فيبطل حرف التعريف حينئذ بخلاف جميع الازمان لانه يتعين ما يلى وقت الحلف من الزمان فلا يكون منكرا فامكن العمل بحقيقة التعريف مع بقاء معنى الجمعية من كل وجه فانعدمت الضرورة الداعية الى سقوط اعتبار الجمعية ثم عندهما فى الجمع والسنين ينصرف الى العمر كله وفى قوله لا يتزوج النساء لم ينصرف الى جميع نساء العالم لان المقصود من اليمين المنع من التزوج وذلك ليس فى وسعه فلا يمنع نفسه عنه وهنا لو حمل على منع نفسه عن التكلم مدة عمره يحنث بكلام واحد فتقيد اليمين فائدته فافترقا (قوله لانه أكثر ما يتناوله اسم الايام) وهذا لانه لما ذكر الكثرة تبين أنه لم يرد به أقل الجمع وليس بعض الاعداد فوق الثلاث بالاولى من البعض فيصرف الى المعهود للفظ الايام وقيل لو كانت اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة أى اجماعا لانه يذكر فيها بلفظ الفرد يعنى فى الفارسية لا تفاوت بين ما فوق العشرة وما تحتها فانه يقال ده روز و يازده روز فلم ينصرف لفظ الجمع الى العشرة ولا كذلك العربية فالحاصل أن أبا حنيفة رحمه الله انما صرف الايام الى العشرة باعتبار أن العشرة أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع وقد عدم هذا فى الفارسية والله تعالى أعلم بالصواب

وقوله (ومن قال لعبده) ظاهر وقوله (وقيل لو كانت اليمين بالفارسية) يعنى مثل أن يقول اكر خدمت كنى مرار وزهاى بسيار توازاذى اذا خدم سبعة أيام ينبغى أن يعتق لان فى لساننا يستعمل فى جميع الاعداد لفظة روز فلا يجىء ما قال أبو حنيفة فى العربية من انتهاء لفظ الجمع الى عشرة فلذلك أريد فى العربية أكثر ما ينطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال أيام بل يقال احد عشر يوما ومائة يوم وألف يوم وقيل فى تعليل المصنف نظر لان لفظ الفرد بالفارسية اما أن يفهم منه معنى الجمع أولا فان فهم ينبغى أن يكون العربى والفارسى سواء وان لم يفهم ينبغى أن لا يكون الاسبوع مرادا أيضا ويمكن أن يجاب عنه بانه يفهم منه معنى الجمع وقوله (ينبغى أن يكون العربى والفارسى سواء) قلنا ممنوع لان لفظ الفارسى وان أفاد معنى الجمع لكن لا ينتهى الى العشرة وتخصيص أيام الاسبوع لكونه المعهود أو لعدم القائل بالفصل

(قوله وقيل فى تعليل المصنف نظر الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقانى أيضا

*(باب

(باب اليمين فى العتق والطلاق)

(ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة) لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به فى العرف و يعتبر ولدا فى الشرع حتى تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد له فتحقق الشرط وهو ولادة الولد (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند أبى حنيفة وقالا لا يعتق

حين تبيض الى أن تزول ففى أى وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المساء فقد تقدم أن المساء مساآن ولو قال فى الشتاء ونحوه فعن محمد ان كان عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال أبو الليث قال محمد ليس عندنا شئ فى معرفة الصيف انما يرجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا باجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك يعتبر العرف فى هذه المسائل وفى الواقعات والمختار انه اذا كان الحالف فى بلد لهم حساب يعرفون به الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فاول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو وآخره ما يستغنى الناس فيه عنهما والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء الى أول الصيف والخريف من آخر الصيف الى أول الشتاء لان معرفة هذا أيسر للناس وقيل اذا كان على الاشجار أوراق وثمار فهو صيف واذا بقى الاوراق دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها أوراق فالشتاء واذا خرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج أراد وقت وقوعه فعلى ذلك وهو الشهر الذى يقال له بالفارسية أذار فان لم يكن له نية أو نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذى يحتاج فيه الى كنسه ولا يعتبر ما يطير فى الهواء وما لا يستبين على وجه الارض ولو وقع الثلج فى بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه فى بلدته حتى لو كان الحالف فى بلدة لا يقع بها ثلج تابدت اليمين ولو قال الى قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين ولو ذكر ليلة القدر فان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من شهر رمضان وبه أخذ الفقيه أبو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا فان كان حلف فى أثناء الشهر لا يحنث عندهما حتى يجىء مثله من رمضان القابل وعند أبى حنيفة حتى يمضى كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على أنها فى رمضان عند لكل لكنه يقول تتقدم وتتاخر وعندهما فى ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتاخر لكن لا تعرف

(باب اليمين فى العتق والطلاق)

لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعد ما تقدم قدمه على ما بعده (قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت) وكذا اذا علق به عتق أمته لان بولادة الميت يتحقق الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى تنقضى به العدة وتصير به نفساء اذا رأت الدم فتحرم الصلاة عليها وتصير به الامة أم ولد وفى الحديث من رواية أبى عبيد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال فى السقط يظل محبنطئا على باب الجنة حتى يدخل أبواه الجنة يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ أى ينتفخ بطنه من الامتلاء من الغضب و بلا همز وهو المتغضب المستبطئ للشئ والفعل منهما احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا ومن هذا يؤخذ أن السقط له حكم الولد وكذلك هو فى الحكم فلو أسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت أيضا لانه ولد حتى صارت الامة به أم ولد ولو لم يستبن شئ من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه فى الحيض (قوله ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند أبى حنيفة وقالا لا يعتق

(باب اليمين فى العتق والطلاق)

(قوله عتق الحى وحده عند أبى حنيفة رحمه الله) انما قال وحده لانه لا يعتق ما ولد بعده (قوله وقالا لا يعتق

(باب اليمين فى العتق والطلاق) قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما أكثر وقوعا فكان معرفة أحكامه أهم من غيره (ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ولو قال ذلك لأمته وعلق به الحرية عتقت) لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما أما حقيقة فظاهر وكذلك عرفا لانه يسمى فى العرف ولدا وأما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد واذا تحقق الشرط ثبت الحكم (ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحى وحده عند أبى حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا) أن الموجود مولود الخ لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لكن لا الى جزاء كما لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد ما أبانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء

واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهى الجزاء ولابى حنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهى قوة حكمية تظاهر فى دفع تسلط الغير ولا تثبت فى الميت فيتقيد بوصف الحياة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا (واذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق) لان الاول اسم لفرد سابق (فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم) لانعدام التفرد فى الاولين والسبق فى الثالث فانعدمت الاولية (وان قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث) لانه يراد

واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا آنفا) لكنه ليس محلا للعتق فتنحل اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق فابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابى حنيفة أن الشرط ليس الا الولد الحى هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون الا فى الحى فتقيد الموصوف بالشرط بالحياة والا لغى الكلام فكانه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق للام وحريتها لانه لا يصلح مقيدا للولد بالحى لان الحرية والطلاق واقع وصفا الغير فلا يلزم تقييده به وأورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغير ثم عبد النفسه لا يعتق الثانى لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه أجيب بان المشترى لغيره محل للاعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الى اضمار الملك فيه أما الميت فلا يصح ايجاب العتق فيه لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من أن قوله ان دخلت فانت طالق فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو أبانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت ولم يقع بعد ولم يضمر قوله ان دخلت الدار فى عصمتى ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فانت طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفى الايضاح لو قال أول عبد يدخل على فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم عبد حى يعتق الحى ولم يذكر الخلاف والصحيح أنه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال أول عبد أملكه فهو حر فاشترى عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال أول كر أملكه فهو هدى فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه ذكره التمرتاشى والمرغينانى (قوله واذا قال أول عبد أشتريه فهو حر) فاشترى عبدا عتق

واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت) فتنحل اليمين وذلك لان الشرط فى اليمين ولادة مطلق الولد وقد وجدت وانحلال اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء أى تنحل اليمين وان لم ينزل الجزاء ألا ترى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد ما أبانها وانقضت عدتها تنحل اليمين لا الى جزاء لان الطلاق معلق بمطلق الدخول وقد وجد وصار هذا كما اذا كان المعلق به عتق عبد آخر ولابى حنيفة رحمه الله أن شرط انحلال اليمين ولادة ولد حى نظرا الى وصفه اياه بالحرية وبه فارق ما ذكر من النظائر لان الجزاء هنالك ليس وصفا للشرط وفى الايضاح لو قال أول عبد يدخل على فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم حى عتق الحى ولم يذكر خلافا والصحيح أنه بالاتفاق لان اسم العبد بعد الموت لا يبقى فى التحقيق لان الرق يبطل بالموت (قوله تقيد بوصف الحياة) تصحيحا لكلام القائل اذ لو لم يقيد بالحياة صار لغوا فصار كما لو قال ان ضربت فلانا يتقيد بضربه حيا تصحيحا للشرط اذ معنى الضرب وهو الايلام بعد الموت لا يتحقق بخلاف ما اذا كان الجزاء طلاقا أو حرية أم الولد لانه لا يصلح مقيدا لانه مستغن عن حياة الولد فبقى مطلقا فان قيل لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغيره ثم اشترى عبدا لنفسه لا يعتق الثانى لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه اياه الحرية قلنا الذى اشتراه لغيره محل للاعتاق فانحلت اليمين أما الولد الميت فليس بمحل للاعتاق لانه بصفة الحياة يصير محلا للحرية (قوله واذا قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر) فاشترى عبدين ثم عبدا عتق الثالث

به

وقوله (ولابى حنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة) يعنى أن الولد وان كان مطلقا فى اللفظ لكنه مقيد بوصف الحياة دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال اذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه أى الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائهما عن حياة الولد فلم يكن الشرط الا ولادة الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغيره انحلت يمينه حتى لو اشترى بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق مع أنه جعل شراء العبد شرطا لحريته وعبد الغير ليس محلا للحرية عن المشترى لعدم ملكه وأجيب بان الاضمار انما يكون لتصحيح الكلام والحاجة الى اضمار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة الى اضمار الحياة لان الحرية بدون الحياة لا تتصور أصلا وفى ملك الغير تتصور موقوفة على الاجازة فلا يلزم من وجوب اضمار الحياة اضمار الملك (ولو قال أول عبد أشتريه فهو حر) على ما ذكر فى الكتاب ظاهر وكذا قوله أول عبد أشتريه وحده وهى من مسائل الجامع الكبير

واستشكل بما لو قال أول عبد أملكه واحدا فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع أن معنى التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان واحدا يقتضى نفى المشاركة فى الذات ووحده يقتضيه فى الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل فى قوله فى الدار رجل واحد وان كان معه فيها صبى أو امرأة وكذب فى ذلك اذا قال وحده واذا كان كذلك قلنا اذا قال واحدا انه أضاف العتق

به التفرد فى حالة الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق فى هذا الوصف (وان قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق) لان الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا (ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر) لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية (ويعتق يوم اشتراه عند أبى حنيفة رحمه الله

لان الاول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد فى الاولين والسبق فى الثالث فانعدمت الاولية فيه ولو كان قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد فى حالة الشراء لان وحده للحال لغة فيقيد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد أن الشراء فى حال تفرد المشترى وهو صادق فى الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال أول عبد أملكه واحدا لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد فى الذات فيكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه كذلك فى ذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين كذلك فانه أول بهذا المعنى فانه فى ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولى بهذا المعنى ويلزم على هذا أنه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد فى تعلق الفعل به فتكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد فى تعلق الفعل بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك وقيل لانه يحتمل أن يكون حالا من العبد وان يكون حالا من المالك أى حال كونى منفردا فلا يعتق بالشك اليه أشار شمس الائمة وقاضيخان (قوله وان قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لان الآخر فرد لاحق) والفرض أن لا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق وهذه المسئلة مع التى تقدمت تحقق أن المعتبر فى تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفى الاولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه والا لم يعتق المشترى فى قوله أول عبد أشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا ثم عبدا فى قوله آخر عبد أشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا فى وقت عتقه فقال أبو حنيفة يعتق من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال ان كان اشتراه فى الصحة والا عتق من الثلث وقالا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث سواء اشتراه فى الصحة أو المرض وجه قولهما أن الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده الى الموت فصار كانه قال ان لم أشتر بعدك آخر فانت

ولو قال أول عبد أشتريه وحده لا يعتق الثالث والفرق أن وحده يقتضى الانفراد فى الفعل المقرون به ونفى مشاركة الغير فى ذلك الفعل ولا يقتضى الانفراد فى الذات والواحد يقتضى الانفراد فى الذات ويؤكد أحد موجبى الاول ألا ترى أنه يصح أن يقال فى الدار رجل واحد وان كان معه امرأة لانه يقتضى الانفراد فى ذاته وهو الرجولية لا فى الفعل المقرون به وهو الكينونة فى الدار ولا يصح أن يقال وحده لانه يقتضى وصف التفرد للرجل فى الفعل المقرون به وهو الكينونة فى الدار لا الانفراد فى ذاته وهى الرجولية واذا ثبت هذا فقوله أملكه وحده يقتضى التفرد فى الملك والعبد الثالث متصف بهذه الصفة فيعتق فصار كما لو قال أول عبد اسود أملكه فهو حر فملك أبيضين ثم أسود عتق الاسود لتعلق العتق بعبد متصف بصفة التفرد فى السواد والثالث متصف بهذه الصفة وقوله أملكه واحدا صفة للعبد فيقتضى التفرد فى الذات ويؤكد أحد موجبى الاولية فلم يتغير الحكم فهو يجرى وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى افادة معنى التفرد والتوحد فكان العتق متعلقا بعبد متصف بصفة التفرد فى الذات والثالث ليس بهذه الصفة (قوله لان وحده للحال لغة) فان قيل قال فى الكتاب أول عبد أملكه واحدا فوجب أن لا يحتمل غير الحال وصارت نظير وحده قلنا الحل لزيادة

الى أول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد أمرا زائدا على ما أفاده لفظ أول فكان حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد أضاف العتق الى أول عبد لا يشاركه غيره فى التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق وقوله (وان قال آخر عبد أشتريه فهو حر) واضح قوله (ويعتبر من جميع المال) يعنى اذا كان اشتراه فى الصحة وقوله (حتى يعتبر من ثلث المال) يعنى على كل حال لان شرط العتق آخرية العبد المشترى وهى لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وعدم شراء غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابى حنيفة ان الموت معرف وتقريره انه لما اشترى الثانى بعد الاول ثبتت صفة الآخرية فيه لكن كانت بعرضية أن تزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه ما لم يتيقن فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا تقرر صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو قال لامته اذا حضت فانت حرة فرأت الدم لا تعتق لجواز أن ينقطع الدم فيما دون ثلاثة أيام فاذا استمر بها الدم ثلاثة أيام عتقت من حين رأت لانه تبين أن ما رأته كان حيضا حين رأت الدم الى هذا أشار الامام السرخسى ذكره فى النهاية وفيه تسامح

(قوله اذا قال واحدا الخ) أقول ولانه يحتمل أن يكون حالا من العبد أو من المولى فلا يعتق بالشك كذا قال الزيلعى أخذا من الكافى ونحن نقول وذلك الاحتمال ليس بثابت فى وحده لمكان الضمير المانع عن الحالية من المولى فانه لو كان حالا منه لقيل وحدى كما لا يخفى (قوله لان قوله واحدا لم يفد أمرا زائدا) أقول لكونه حالا مؤكدة كقوله تعالى انا أنزلناه قرآنا عربيا والتفصيل فى شرح المفتاح للسيد

حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات) حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابى حنيفة أن الموت معرف فاما تصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به وفائدته

حر ولو قاله كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا اذا كان معناه ثابتا ولابى حنيفة أن الموت معرف للشرط وليس بشرط وانما الشرط اتصافه بالآخرية وهذه الصفة حصلت له من وقت الشراء الا أن هذه الصفة بعرضية الزوال بان يشترى بعده غيره فاذا مات ولم يشتر تبين انه كان آخرا من وقت الشراء فتبين به أنه عتق من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته ان حضت فانت طالق فرأت الدم لا يحكم بطلاقها فى الحال بل حتى عند ثلاثة أيام فاذا امتد ظهر أنها طلقت حين رأت الدم حيث ظهر أن ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية انما تثبت بعدم شراء غيره وأن العدم لا يتحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم الشراء بل أمر آخر لا يتحقق ظهوره الا به فلا يقع عنده مقتصرا الا لو كان هو نفس الشرط فاذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات يقع عند الموت مقتصرا عندهما ومستندا عنده وفائدته أى فائدة هذا الخلاف تظهر فى حرمان الارث وعدمه فعندهما ترث لانه يجعل فارا حيث حكما بطلاقها فى آخر نفس من حياته و يلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح بالموت وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند أبى يوسف عدة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدة الطلاق وهذا بخلاف قوله ان لم أتزوج عليك فانه اذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لانه صرح بكون الشرط عدم التزوج وهو أن يموت قبله فيتحقق به الشرط وليس مثل الاول لان مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعول شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط اذ ما لم يتم آخر الشرط لا يتحقق الشرط بخلاف الآخرية فانها تتم بذلك الشرط الى آخر ما ذكرناه ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوجها ثم أخرى ثم طلق الاولى وتزوجها ثم مات لم تطلق هى وتطلق التى تزوجها مرة لان التى أعاد عليها التزوج اتصفت بالاولية فلا تتصف بالآخرية كقوله آخر عبد أضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم أعاد الضرب على الاول ثم مات

الالف وقع خطأ من بعض الكتاب لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلم يعتبر نصبه وجعل نعتا ولو قال أول عبد أملكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه فى اسمه فلا يقطع عنه وصف الاولية كما لو ملك معه ثوبا ونحوه فلو قال أول كر أملكه فهو هدى فملك كرا ونصف كر لا يلزمه شئ لان النصف يزاحم الكل فى المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف العبيد والثياب (قوله يعتبر من جميع المال) أى اذا كان الشراء وقت الصحة (قوله فكان الشرط متحققا عند الموت) وهذا لان الآخرية انما تثبت بعدم شراء آخر بعده وصار كأنه قال ان لم أشتر عبدا آخر فالثانى حر ولو قال كذلك يعتق عند الموت فكذا هنا ولابى حنيفة رحمه الله ان الثانى آخر لكونه فردا لاحقا لا يشاركه غيره من جنسه وانما تبطل عنه صفة الآخرية بشراء آخر بعده فاذا لم يشتر كان آخرا من وقت الشراء كما لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرأت الدم فان استمر ثلاثة أيام يحكم بوقوع الطلاق من حين حاضت وقولهما أن العتق يتعلق بعدم شراء آخر بعده قلنا كذلك لكن لم يجعل هذا شرطا لا صريحا ولا دلالة فلم يجعل شرطا بل علامة على ثبوت الحكم كاستمرار الدم فى الحيض فاذا وجدت العلامة ثبت الحكم سابقا على وجود العلامة على ما هو الحكم فى العلامة لانه لا يوجد الحكم عنده فكانت العلامة شرطا لعلمنا بوجود الحكم وشرط سابقا فكان الموت معرفا لوجود شرط الآخرية من زمان الشراء فيستند الحكم كما فى مسئلة الحيض (قوله وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به) فانه اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا

لان ما ذكر فى الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين ويجوز أن يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين فى ذلك سواء وقوله (وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به) أى بوصف الآخرية كما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى تستحق الميراث وعند أبى حنيفة يقع مستندا الى وقت التزوج فلا تستحقه وفائدة التقييد بالثلاث جاز أن يكون بيان الطلاق البائن فان به يكون الزوج فارا وترث المرأة عندهما قال

تظهر

(ومن قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة) البشارة اسم لخبر غائب عن المخبر علمه وقد يكون بالخير وقد يكون بالشر الا أنه فى

تظهر فى حرمان الارث وعدمه (ومن قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول) لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه و يشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول (وان بشروه معا عتقوا) لانها تحققت من الكل (ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه)

عتق الذى ضربه ثانيا الا المعاد عليه (قوله ولو قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين) أى متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا فى العرف وأما فى اللغة فهو ما يغير البشرة سارا كان أو ضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب أليم ولكن اذا وقع بما يكره قرن بذكر ما به الوعيد كما فى الآية المذكورة فلو ادعى أنه فى اللغة أيضا خاص بالمحبوب وما ورد فى المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهى البشرة فانها تفيد أن لذلك الخبر أثرا فى البشرة ولا شك أن الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته فى المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الا أن على العرف بناء الايمان وان بشروه معا عتقوا لان البشارة تحققت من الكل قال تعالى و بشروه بغلام عليم فنسبها الى جماعة فحقيقتها تحقق بالاولية من فرد أو أكثر وأصله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال صلى الله عليه وسلم من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد فابتدر اليه أبو بكر وعمر بالبشارة فسبق أبو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول متى ذكر بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر ولو كان مكان البشارة اخبار بان قال ان أخبرنى والباقى بحاله عتق الكل ثم ان عدى بالباء بان قال ان أخبرنى بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لافادتها الصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى أنها انما يتصور لصوقها الاخبار بنفسه يعنى بنفس القدوم لفظا وهو الواقع فى الكذب فاشتراط الصدق بناء على أن تحقق الالصاق انما يكون بالصاق الاخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان أخبرنى أن فلانا قدم عتق كل من أخبره صدقا أو كذبا وقد أورد على اشتراط الصدق فى البشارة أن تغير البشرة كما يحصل بالاخبار السارة صدقا كذلك يحصل كذبا وأجيب بما ليس بمفيد والوجه فيه نقل اللغة والعرف (قوله ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه) لان وقوعه كفارة يحتاج الى نية الكفارة وهذه النية يشترط قرانها بعلة العتق وهى اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر وهو جزء اليمين فان اليمين هو مجموع التركيب التعليقى واذا كان لشرط ذلك والغرض أنه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها وهذا الا ان العتق وان كان ينزل عند وجود الشرط لكنه انما ينزل بقوله أنت حر السابق فانه العلة أما الشراء فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدى حر بلا نية ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لان النية شرط متقدم لا متأخر وانما صحت فى الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده اذا اشتريته فهو حر

فتزوج امرأة ثم امرأة ودخل بها ثم مات تطلق من حين التزوج ولها مهر ونصف وعدتها بالحيض بلا احداد ولا ترث منه وعندهما تطلق فى آخر حياته ولها مهر واحد وعليها عدة الوفاة وترث منه وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة (قوله و يشترط كونه سارا بالعرف) وانما قيد بالعرف لان البشارة لغة اسم لخبر يغير بشرة الوجه من فرح أو حزن قال الله تعالى فبشرهم بعذاب أليم فبشرناها باسحق وفى العرف اسم لخبر سار صادق غاب من المخبر علمه وهذا انما يتحقق من الاول لان الثانى أخبره بما كان معلوما له فلا تتغير بشرة وجهه عند سماعه بخلاف الخبر فان حقيقة الاخبار موجودة من كل واحد لان الخبر خبر وان كان عند المخبر علمه وأصله ما روى أن النبى عليه السلام مر بابن مسعود رضى الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل الله تعالى فليقرأ بقراءة ابن أم عبد فابتدر اليه أبو بكر وعمر رضى الله عنهما للبشارة فسبق أبو بكر عمر رضى الله عنهما بها كان ابن مسعود رضى الله عنه يقول متى ذكر ذلك بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل حيث غيروا بشرة وجهه ألا ترى الى قوله

العرف يستعمل فيما يسر وينفى الحزن و يتحقق من واحد فاكثر فاذا قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة فبشره ثلاثة (فان أخبروه معا عتقوا) لان البشارة حصلت منهم قال الله تعالى و بشروه بغلام عليم وان أخبروا متفرقين واحدا بعد واحد عتق الاول لان البشارة حصلت منه ويعضده ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال من أحب أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأه بقراءة ابن أم عبد فابتدر اليه أبو بكر وعمر رضى الله عنهما للبشارة فسبق أبو بكر عمر بها وكان ابن مسعود اذا ذكر ذلك يقول بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوى به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط أى شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهى اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند الشراء وهو شرط العتق لا علته فلا يكون مفيدا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين أجزأه عن الكفارة وان اشترى أباه ينوى به كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعى وهو قول أبى حنيفة الاول ووجه قولهم أن النية تشترط عند العلة والشراء شرط العتق لا علته وانما العلة هى القرابة فلا تفيد النية عند الشراء

قال المصنف (ولو قال ان اشتريت فلانا الخ) أقول وانت خبير بان الانسب ذكر هذه المسائل فى باب الكفارة

(أوهذا) أى كون الشراء شرطا لا علة لان الشراء اثبات الملك وهو ظاهر والاعتاق ليس اثباتا للملك لانه ازالته فكان بينهما منافاة فلا يكون الشراء اعتاقا ولنا أن شراء القريب اعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ووجه الاستدلال ماذكره بقوله جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط غيره وقوله (وصار نظير قوله سقاه فارواه) جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضى التراخى بزمان فى كلام العرب وان لطف فلا يكون نفسه ووجهه أن الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثانى ثابتا بالاول فى كلام العرب يقال ضربه فاوجعه وأطعمه فاشبعه وسقاه فارواه أى بذلك الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو أن شراء القريب هل يثبت الملك للمشترى القريب أولا فان أثبته لا يزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق فيما لا يملكه

لان الشرط قران النية بعلة العتق وهى اليمين فاما الشراء فشرطه (وان اشترى أباه ينوى عن كفارة يمينه أجزأه عندنا) خلافا لزفر والشافعى لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهى القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا أن شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه

عن كفارة يمينى فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم أشتريه يريد عن كفارتى وأورد عليه أن الجزاء المعلق انما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغى أن يقع عنها لقران النية بالعلة فالجواب انه لما كان قبل الشرط بعرضية أن يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الاهلية عنده اتفاقا فلو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر أصلا فلذا يجب أن تعتبر النية عنده (قوله وان اشترى أباه ينوى به عن كفارة يمينه أجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعى) ومالك وأحمد وهو قول أبى حنيفة أولا لان العلة للعتق هى القرابة المحرمة لا شراء القريب لانها التى ظهر أثرها فى وجوب الصلة كالنفقة فهى المؤثرة فى العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره كالهبة والارث واما أن يكون الشراء نفس العلة فلا لانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه ولنا أن شراء القريب اعتاق لما روى الستة الا البخارى كلهم من حديث سهل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة رضى الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا للاجماع على أنه لا يحتاج فى اثبات عتقه الى اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك أن القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت من أن المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فارواه والترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سها فسجد وزنى ماعز فرجم كما بينا فى وجه قول زفر وغيره وقد ثبت أن الملك أيضا كذلك بالنص مع أنه يشتمل على عين حكمته وذلك

تعالى فبشرناه بغلام عليم حيث أضاف البشارة الى الجماعة فدل على تحقق البشارة من الجماعة (قوله لان الشرط قران النية) أى شرط الخروج عن عهدة التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهى اليمين ولم توجد نية التكفير وقت يمينه لان الكلام فيه فاما الملك عند الشراء فشرط العتق ولا أثر له فى استحقاق ذلك العتق فيكون معتقا بيمينه ولم تقترن نية الكفارة بها حتى لو اقترنت جاز كذا فى المبسوط (قوله فاما الشراء فشرطه) ولا يقال بان قوله فهو حر انما يصير علة عند الشراء اذ المعلق بالشرط يصير علة عند وجود الشرط فتحقق قران النية بعلة العتق لان الاهلية تشترط وقت اليمين لا عند وجود الشرط حتى لو جن بعد اليمين ووجد الشرط يترتب الحكم عليه وان لم يكن من أهله فكذا النية تشترط وقت اليمين (قوله فاما العلة فهى القرابة) لان العتق فى القريب بطريق الصلة والقرابة وهى العلة للصلات كما فى النفقة والتزاور قلنا

ابن آدم لا يقال شراء القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك فى القريب اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشئ ازالة له محال بالبديهة ولا يقال شراء القريب اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه أشد استحالة لانه يلزم أن يكون مثبت الشئ ونفس ثبوته ازالة له والجواب أن قولهم ثبوت الملك فى القريب اعتاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلية الملك بقاء كما أنه أخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء وهذا لان العتق لا يقع الا فى الملك فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه والواجب باليمين ما يستحق حريته بها من كل وجه ولقائل أن يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة كما أن أم الولد مستحقة له بالاستيلاد فما بالهالم تعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما عتق القريب والجواب أن الاستيلاد فعل اختيارى من جهة المستولد ولو

(قوله ووجهه أن الفعل الخ) أقول ولا يخفى أن ماذكره اعتراف بالمغايرة (قوله لا يقال شراء القريب الخ) أقول والظاهر أن شراء القريب يثبت الملك فى الزمان الاول ومزيل له فى ثانيه ولا منافاة كما فى الاعراض السيالة فى العلل العقلية ولعل مراد الشارح أيضا ماذكرنا لكن فى عبارته نوع قصور (قوله لانه يلزم أن يكون مثبت الشئ ونفس ثبوته ازالة له) أقول يعنى يلزم أن يكون الشراء الذى هو مثبت الملك مزيلا للملك (قوله والواجب باليمين) أقول يعنى الكفارة (قوله ولقائل الى قوله كما أن أم الولد الخ) أقول المناسب لغرضه هو العكس فى التشبيه كما لا يخفى

فكانت الحرية من جهتين جهة الاستيلاد والشراء فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة فى حريته سوى الشراء فاذا اشتراه ناويا للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه وقوله (بخلاف ما اذا قال لقنة) ظاهر قال (ومن قال ان تسريت جارية فهى حرة) معنى تسريت اتخذت سرية وهى فعلية منسوبة الى السر وهو الجماع أو الاخفاء لان الانسان يسره واغماضت سينه لان الابنية قد تتغير فى النسبة كما قالوا فى النسبة الى الدهر دهرى بضم الدال المعجمة والتسرى عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد أو لم يطلب عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لابد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح أو بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت جارية فهى حرة (فتسرى جارية كانت فى ملكه عتقت لان اليمين انعقدت فى حقها لمصادفتها الملك) وكل ما انعقد فى حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء

(ولو اشترى أم ولده لم يجزه) ومعنى هذه المسئلة أن يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى حيث تجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية (ومن قال ان تسريت جارية فهى حرة فتسرى جارية كانت فى ملكه عتقت) لان اليمين انعقدت فى حقها لمصادفتها الملك

أن فى ترتب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهائم والامتعة والمصلحة الصلة وهذه عين حكمة القرابة التى بها كانت علة العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب اعتاق غير أن الشراء علة العلة أى علة جزء العلة ولما كان الشراء الاختيارى هو الجزء الاخير من العلة بخلاف القرابة أضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء أنه يشتريه عن كفارته صح بخلاف ما اذا ملك الاب وغيره بالارث فان الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متأخرة عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له أو أوصى له به أو تصدق به عليه فنوى عند القبول أن يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا فى السبب وبما ذكرنا من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة وأما المنافاة التى ذكرت فى قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ فى قولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت أنه انما يوجب الملك فى القريب وملك القريب علة العتق فالاضافة اليه اضافة الى علة بعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء أولا وبالذات وكان الاليق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة (قوله ولو اشترى أم ولده لم تجزه عن الكفارة) وان نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه قالوا ومعنى المسئلة أن يكون تزوج أمة لغيره فاولدها بالنكاح ثم يقول لها (ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط) وهو الشراء (ولا تجزيه عن الكفارة) وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء أم الولد والا فالحاصل ان عتق أم الولد عن الكفارة لا يجزى معلقا ولا منجزا والفرق بين الشراءين مع أن الشراء فى الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد أن أم الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها فهى قبل الشراء قد عتقت من وجه فلم يكن عتقها بالشراء أو تنجيزا اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث فى اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء أعتق من وجه (بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمينى حيث تجزيه اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة أخرى فلم تختل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية) فكمل الموجب (قوله ومن قال ان تسريت جارية فهى حرة) اعلم أن التسرى هنا تفعل من

العتق صلة وللملك تأثير فى استحقاق الصلة شرعا حتى تجب الزكاة باعتبار الملك صلة للفقراء كما للقرابة تأثير فى استحقاق الصلة فكان كل واحد من الوصفين لكونه مؤثرا علة ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يحال على آخر الوصفين وجودا لان تمام العلة به وآخر الوصفين الملك فيكون به معتقا ثم الملك ثبت بالشراء والعتق بالملك فيضاف العتق الى الشراء بواسطة الملك وهذا كمن رمى انسانا عمدا فاصابه فقتله قتل به كانه حز رقبته بالسيف وان كان فعله رميا لان الرمى أوجب بعود السهم ومضيه فى الهواء وذا سبب الوقوع فى المرمى وذا سبب الجرح وذا سبب الموت فيضاف كله الى الرمى الذى هو العلة الاولى وصارت أحكاما له وصار الرامى قاتلا فكذا الشراء بواسطة الملك لما ثبت به صار اعتاقا فيه بمعتقا به وتأيد ذلك بقوله عليه السلام لن يجزى ولد والده حتى

(قوله ان تسريت) أقول أصله تسررت قلبت احدى الراآت ياء (قوله اتخذت سرية) أقول السرية واحدة السرارى (قوله كما قالوا فى النسبة الى الدهر دهرى بضم الدال) أقول وكما قالوا فى النسبة الى الارض السهلة سهلى بالضم (قوله والتسرى عبارة عن التحصين) أقول هو المنع عن الخروج

وقوله (وهذا لان الجارية) توضيح لانعقاد اليمين فى حقها (وان اشترى جارية فتسراها) لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسرى لا يصح الا فى الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكورا) فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء أجيب بان اثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما أن الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهى عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهى عن التأفيف ولا كذلك المقتضى لان المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضى ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية (٤٤٠) يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل فلما كان الملك مفهوما من التسرى بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق صورة بأخرى بأمر جامع كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض أصحابنا وأصحاب الشافعى الى أن الدلالة قياس لوجود أصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسرى ليس كذلك وأقول هذا اللفظ يستعمل فى العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لى فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا أو نقول هذا الحكم اذا ثبت عن زفر ولم يقل بالاقتضاء كان مناقضا فكفينا مؤنة الجدال معه (ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى) وتقريره سلمنا أن ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة التسرى لكونه شرطا وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها (ولا يظهر فى حق صحة الجزاء وهو الحرية) لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء

وهى

وهذا لان الجارية منكرة فى هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد (وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق) خلافا لزفر فانه يقول التسرى لا يصح الا فى الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكورا ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر فى حق صحة الجزاء وهو الحرية

السرية وهو اتخاذها سرية ان كانت من السرور فانها تسر بهذه الحالة ويسر هو بها أو من السرو السيادة فضم سينها على الاصل وان كانت من السر بمعنى الجماع أو بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى عن الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قالوا دهرى بالضم فى النسبة الى الدهر وفى النسبة الى السهل من الارض سهلى بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسرى قيل تسرى بابدال الياء ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها وان اعتبر التسرر قيل تسرر (١) وكان القياس أن لا يقال الا تسرى فى المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه أصل السرية وهو السرور أو السر فاستعمل براءين بابدال الياء راء وخصت لانها هى الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئلت عن المتعة فقالت لا نجد فى كتاب الله تعالى الا النكاح والاستسرار والقياس الاستسراء بهمزة هى بدل الياء الواقعة طرفا بعد ألف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسرى عند أبى حنيفة ومحمد أن يحصن أمته ويعدها للجماع أفضى اليها بمائه أو عزل عنها وعند أبى يوسف ونقل عن الشافعى رحمهما الله تعالى أن لا يعزل ماءه مع ذلك فعرف أنه لو وطئ أمة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا أن مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو ما يرجع الى الجماع أو غيره ذلك لا تقتضى الانزال فيها لان الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه فاخذه فى المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف فى التسرى تحصينها لطلب الولد دائما ممنوع بل العرف مشترك فى المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير أن تلد له اذا عرف هذا فاعلم أنه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدورى فى التجريد عن أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو قال ان تسريت جارية فعبدى حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذى كان فى ملكه وقت الحلف ولو لم يكن فى ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهى حرة فتسرى جارية كانت فى ملكه يوم حلف عتقت وهى مسئلة الكتاب

يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه أى بالشراء لانه لا يحتاج الى اعتاق آخر بعد الشراء وهذا كما يقال سقاه فارواه وضربه فاوجعه أى بالسقى والضرب ولهذا اذا اشترى نصف ابنه والنصف الآخر لغير البائع ضمن لانه أعتقه بالشراء فاضيف الى الملك ولو كان عبد بينهما فادعى أحدهما أنه ابنه ضمن لان القرابة آخرهما وجودا بخلاف أم الولد لان حقها مستحق بالاستيلاد السابق فاضيف العتق الى اليمين من وجه لا من كل وجه فصار كانه أعتق أم الولد (قوله فكان ذكره ذكر الملك) فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر رحمه الله

(قوله أجيب بان اثبات الملك ههنا بدلالة اللفظ) أقول أو الحذف (قوله وأقول هذا اللفظ يستعمل فى العرف الخ) أقول فعلى هذا لا يستقيم جوابهم عن زفر على ما قرره (قوله كان مناقضا الخ) أقول السائل يسال عن وجه صحة قول زفر بناء على أنه من كبار أئمة الدين وحسن الظن به يمنع عن اعتقاد ارتكاب التناقض (قوله لانها ليست من لوازم الملك الخ) أقول ألا يرى أنه قد يوجد الملك ولا يوجد العتق

(١) قوله وكان القياس أن لا يقال الخ هكذا فى الاصل وهو صحيح وجيه ووقع فى بعض النسخ اصلاح صورته وكان القياس أن يقال الاستسراء الخ وليس بصحيح فليحذر كتبه مصححه

وهى اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا تعتق عندنا ولا عند أحد من الائمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد رحمهم الله وقال زفر تعتق لان التسرى لا يصح الا فى الملك فكان ذكره ذكر الملك فكأنه قال ان ملكت أمة فتسريتها فهى حرة وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير التزوج مذكورا حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد ولنا أنه لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس فى الملك بغير الملك وسببه والتالى باطل بالاجماع وهذا لان التسرى ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق فان حقيقته ليس الا اعداد أمة حصنها للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والاعداد أو مقارنا وهذا القدر لا يستلزم اخطاره عند التكلم أصلا فضلا عن خطوره ثم تقديره مرادا لانه ليس لازما بينا لمدلول اللفظ فى الذهن بل لازم لوجوده فى الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها تعقل ما هو ملزومها فى الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت أمة فتسريتها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر لان عتق عبده القائم فى ملكه ليس لاعتبارنا الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدى حر بل لاقتضاء الشرط الملك غير أن الشرط هنالك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده أما ههنا لو ثبت التسرى لا يثبت عتق المتسرى بها لاحتياجه الى أمر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك أو سببه فلهذا ثبت الملك ههنا ضرورة صحة التسرى به فقط لان الثابت ضرورة أمر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسرى عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك أو سببه ولم يوجد فظهر أن هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلاثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول فى هذه لا تطلق الاخريين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد أن تزوج بها لما ذكرنا من أن شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوج كونه معلقا بالملك أو سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبرا لفظا وان لم يكن مدلولا التزاميا لتصحيح الجزاء فيما اذا علم أن غرض اليمين الحمل فانه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدر أبو حنيفة رحمه الله لفظ حيا فى قوله ان ولدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء للعلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتحقيقها عليها ففيما ليس كذلك بل يعرف أن الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف التسرى من هذا القبيل هذا وقد أورد على زفر أنه لا يقول بالمقتضى حتى حكم فى قوله أعتق عبدك عنى بالف أنه يعتق عن المأمور فكيف خالف هنا وحكم باعتباره وتقديره وأجيب بانه لا يلزمنا اصلاحه له فان مناقضته لا تضرنا ومنهم من أجاب بانه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسرى واعترض بان الدلالة لا بد فيها من صورة أصل وفرع وعلة حتى قيل هى قياس غير أنه لا يفتقر الى أهلية الاجتهاد فى فهم حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ فى العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لى فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا فى تحرير الاصول عن فخر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى

تعالى لا يقول بالاقتضاء حتى أن من قال لآخر أعتق عبدك عنى بالف فاعتقه كان العتق واقعا عن المأمور قلنا اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهى عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهى عن التأفيف ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل واجتهاد فكان الملك ثابتا دلالة ولنا أن اليمين بالعتق انما تصح فى الملك أو مضافا اليه أو الى سببه ولم يوجد واحد منها أما الملك فظاهر وأما الاضافة الى الملك فانه لم يقل ان ملكت أمة وأما الاضافة الى سبب الملك فلانه أضافها الى التسرى وهو ليس بسبب لملك الامة فلم تصح اضافة الاعتاق اليه وهذا لان التسرى عبارة عن التحصين والاسكان وهو أن يبوئها بيتا ويمنعها من الخروج عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السرية من السر وهو الوقاع أو من السرور وهى سرور لمالكها أو من السرى وهو السيد لانه اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الاماء وعند أبى يوسف رحمه الله طلب الولد شرط مع ذلك لان السرية فى العادة هى التى تطلب ولدها وواحد من هذه الاشياء ليس بسبب لملك الامة الا أنه لا

لانه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذى هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزاء (حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا) من حيث ان فى كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزاء وأما وزان مسئلة زفر فهو أن يقول ان تسريت جارية فعبدى حر فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك فى الحال فى العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد (ومن قال كل مملوك لى حر عتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء) يعنى أن كل واحد من هؤلاء فى الاضافة الى نفسه بقوله لى كامل (اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا) واذا كان الملك كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون وان قال أردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة أما تصديقه ديانة فلان لفظ المملوك وضع للمذكر وأما عدم تصديقه قضاء فلانهم عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفا ولو نوى الاناث لغت نيته وان قال لم أنو المدبرين لم يصدق فى القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الايمان ففيه روايتان (ولا يعتق مكاتبوه الا أن ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء) الامة (المكاتبة) فكان المكاتب مملوكا من دون وجه (بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الاضافة

وفى مسئلة الطلاق انما يظهر فى حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا (ومن قال كل مملوك لى حر تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده) لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا (ولا يعتق مكاتبوه الا أن ينويهم) لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت

دلالة الالتزام وان لم نرضه هذا والتحقيق أن ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون ثبوته اضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطأ أو شرعا مثل أعتق عبدك عنى وقول القائل ان تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج فى تصحيحه الى التقدير بازالة للخطأ تصحيحا لما يصح ظاهره وهذا على وزان ما قلناه فى ان أكلت بل الحق أنه فى اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكة الخ لا الاعداد الاعم منها ومن المزنى بها فهو مدلول تضمنى من قبيل العبارة (قوله ومن قال كل مملوك لى حر تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة فى هؤلاء) أى اضافة الملك الكامل فى هؤلاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون ويدخل الاماء والذكور ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص فى اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه ذكره ولا عموم الا للفظ فلا تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه تعميم مملوك وهو للذكر وانما يقال للانثى مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة يعنى اذا عم مملوك بادخال كل ونحوه يشمل الاناث حقيقة كما ذكر فى جمع المذكر كالمسلمين والواو فى فعلوا على ما ذكر أنه عند الحنفية والحنابلة حقيقة فى الكل فلهذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ولو قال لم أنو المدبرين فى رواية يصدق ديانة لا قضاء وفى رواية لا يصدق لا ديانة ولا قضاء (قوله ولا يعتق مكاتبوه) يعنى بقوله كل مملوك لى حر وكذا معتق البعض عند أبى حنيفة (لان الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت اضافة الملك اليهم فلا بد من أن ينويهم) بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغى لو قال كل مرقوق لى حر أن يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا

يستغنى عن الملك فيصير الملك مذكورا اقتضاء ضرورة صحة التسرى وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يتعدى عنه الى صحة الجزاء وهو العتق لان الثابت ضرورة يتقدر بقدرها ولا يعدو موضعها فلا يثبت الملك فيما وراء صحة التسرى فبقى الجزاء فى الملك وفى مسئلة الطلاق ظهر فى حق الشرط ولم يتعد الى الجزاء أيضا وانما يصح العتق وهو الجزاء ثمة لانه صادف الملك اذ ملكه فى العبد قائم فى الحال فكان ذكر الطلاق ذكر النكاح الذى لا يستغنى عنه الطلاق لا ذكرا لما لا يستغنى عنه الجزاء حتى لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها واحدة لم يقع الثلاث لان الملك صار مذكورا ضرورة فلم يتعد عنه الى صحة الجزاء فهذه وزان مسئلتنا ووزان ما استشهد به زفر رحمه الله أنه يقول ان تسريت أمة فعبدى هذا حر فاشترى أمة فتسراها عتق عبده قوله يفهم الملك من التسرى بلا تامل قلنا ذا لا يدل على أنه ليس بثابت اقتضاء والطعام أو الشراب يفهم من قوله ان أكلت أو شربت بلا تامل وهو ثابت اقتضاء (قوله ولو قال كل مملوك لى حر يعتق أمهات أولاده ومدبروه) ولو قال أردت الرجال بهذا اللفظ دون النساء دين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء لانه نوى التخصيص فى اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض فانه لا يصدق فى القضاء والديانة جميعا لانه نوى التخصيص بوصف ليس فى لفظه لان المملوك حقيقة الذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل عليهن لفظ التذكير عادة فان نوى الذكور فقد نوى حقيقة كلامه ولكن خلاف المستعمل فيدين فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء ولهذا قيل لو قال نويت النساء دون الرجال كانت نيته لغوا وكذلك لو قال لم أنو المدبرين لم يصدق فى القضاء وفى كتاب الايمان اذا قال لم أنو

الاضافة فلا بد من النية وقوله (ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه) على ما ذكره فى الكتاب ظاهر وقوله (فيختص بجملة) أى بمحل الحكم وهى المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه الحكم كما فى قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم أحد الآخرين لا يحنث حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على الثانى الذى لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال هذه طالق أو هاتان فحينئذ كان هو مخيرا فى الطلاق والعتاق ان شاء أوقع على الاولى وان شاء أوقع على الاخريين

وأجيب بان هذا الذى ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد فاما الذى ذكره فى الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب ظاهر الرواية فى الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا فى أن الثالث معطوف على الثانى الذى لم يقع عليه الحكم وهو مسئلة الجامع هو أن كلمة أو اذا دخلت بين شيئين تتناول أحدهما نكرة الا أن فى الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة فى موضع الاثبات تخص فتتناول أحدهما فاذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال احداكما طالق وهذه ولو نص على هذا كان الحكم ما قلنا أما فى مسئلة الجامع فالموضع موضع النفى وهى فيه تعم كقوله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفورا فصار كأنه قال والله لا أكلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال أو هذين ولو نص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا

الاضافة فلا بد من النية (ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاوليين) لان كلمة أو لاثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة فى الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه (وكذا اذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الاخير) وله الخيار فى الاولين لما بينا

(باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

تعتق أم الولد الا بالنية (قوله ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاوليين لان كلمة أو لاحد المذكورين وقد أدخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة) منهما والعطف يشرك فى حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف فى التعيين (فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الاخير ويتخير فى الاولين لما بينا) ومثله لو قال لفلان على ألف أو لفلان وفلان كان نصف الالف للثالث وعليه بيان من له النصف الآخر من الاولين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المفهوم من هذه أو هذه يصح على هذه الثانية وحينئذ لا يلزم الطلاق فى الثالثة لان الترديد حينئذ بين الاولى فقط والثانية والثالثة معا فلزمه البيان لذلك فى الطلاق والعتاق والله أعلم

(باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

من الطلاق والعتاق والضرب ولما كانت الايمان على هذه التصرفات أكثر منها على الصلاة والحج والصوم

المدبرين لم يدين فيما بينه وبين الله ولا فى القضاء بغير روايتان كذا فى المبسوط (قوله ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار فى الاوليين) ولو قال والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا حنث بكلام الاول أو الاخيرين كقوله لا أكلم هذا أو هذين والفرق أن أو اذا دخلت بين شيئين تناولت أحدهما وذا فى الطلاق فى موضع الاثبات فيخص فكانت المطلقة احدى الاوليين غير عين لان أو دخلت عليهما فلما قال للثالثة وهذه صارت معطوفة على المطلقة لان الواو توجب الشركة فصارت عطفا على التى هى محل الجزاء من الاوليين وهى احداهما غير عين اذ سياق الكلام للايجاب وانما يعطف الشئ على ما سيق له الكلام فصار كانه قال احداكما طالق وهذه ولو قال هكذا كان الجواب ما قلنا كذا ههنا وفى مسئلة الكلام فى موضع النفى فيعم عموم الافراد فصار كل فرد منفيا على حدة كقوله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفورا فصار كانه قال والله لا أكلم فلانا ولا فلانا وفلانا ولو قال هكذا كان الثالث مضموما الى الثانى فيصير كانه قال ولا هذين كذا ههنا ولانه حينئذ صار كانه قال هذه طالق أو هاتان طالق وأنه لا يصح لجعل كانه قال هذه طالق أو هذه طالق وهذه طالق ليصح ولو قال هكذا طلق الثالثة وخير فى الاوليين كذا ههنا ثم صار كانه قال لا أكلم هذا أولا أكلم هذين وانه صحيح والله تعالى أعلم بالصواب

(باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

أى من الطلاق والعتاق والضرب (قوله ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه) أى اذا كان

(باب اليمين فى البيع والشراء والتزوج وغير ذلك) يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات فى الايمان كثيرة الوقوع بالنسبة الى ما بعده فلذلك قدمه قال فى النهاية ثم الضابط فى هذه التصرفات لاصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المامور وفيما لا يحنث شيآن أحدهما أن كل فعل ترجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المامور وكل فعل ترجع الحقوق فيه الى من وقع حكم الفعل له يحنث والثانى أن كل فعل يحتمل حكمه الانتقال الى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المامور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث قيل وكل ما يستغنى

(ومن حلف لا يبيع أولا يشترى أولا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث) لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث فى يمينه فلم يوجد ماهو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا أن ينوى ذلك لان فيه تشديدا أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه

ومابعدها قدمها عليها والحاصل أن كل باب عقده فوقوعه أقل مما قبله وأكثر مما بعده * واعلم أن الاصل عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر و يستغنى الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل لا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المامور لوجوده من المامور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشترى ولا يؤجر ولا يستاجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذى يستناب فيه و يحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول أدعى لموكلى وكذا الفعل الذى يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث فى شئ من هذه بفعل المامور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المامور كما يحنث بفعله بنفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به أولا يطلق أولا يعتق بمال أو بلا مال أولا يكاتب أولا يهب أولا يتصدق أولا يوصى أولا يستقرض أولا يصالح عن دم العمد أولا يودع أولا يقبل الوديعة أولا يعير أولا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المامور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب و بناء الدار (قوله ومن حلف لا يبيع أولا يشترى أولا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد) لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن أو المثمن والمخاصم بالعيب و بالعين المؤجرة والاجرة (ولهذا لو كان العاقد) بطريق الوكالة فى هذه (هو الحالف) لا يبيع الخ (يحنث فى يمينه) لصدق أنه باع واشترى واستاجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعى فى الاظهر وعند مالك وأحمد يحنث لان بالامر يصير كانه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق رأسه فامر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه لا حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما (وانما الثابت له حكم العقد) الذى هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم على الاعم بخلاف الحلق لان اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بان كان ممن يقدر على ذلك و يفعله وقوله الا أن ينوى ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعنى فاذا نوى البيع بنفسه أو وكيله يحنث ببيع الوكيل (أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه) فانه يحنث وان لم ينو لان مقصوده

العاقد الوكيل هو الحالف بان لا يبيع أولا يشترى أولا يؤاجر (قوله الا أن ينوى ذلك) أى ينوى فى يمينه لا يبيع أولا يشترى أولا يؤاجر أن لا يامر غيره أيضا فحينئذ يحنث بالامر والاستثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث (قوله أو يكون الحالف ذا سلطان) عطف على أن ينوى أى لا يتولى العقد بنفسه فامر غيره يحنث أى اذا باشره المامور ولو فعل ذلك بنفسه يحنث أيضا لوجود البيع منه حقيقة فان كان يباشره تارة ويفوض أخرى يعتبر الغالب والاصل أن كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر لا يحنث الحالف بمباشرة المامور لوجوده منه حقيقة وحكما والا يحنث ويصير العاقد سفيرا والآمر فاعلا فيحنث بالمباشرة لا بالامر بالبيع والشراء والاعارة والاستئجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد وما يحنث بالمباشرة والامر بالنكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم عمدا والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل حتى لو حلف لا يتزوج أولا يطلق أولا يعتق فوكل بذلك ففعل حنث وعند الشافعى رحمه الله لا يحنث لوجود

المامور فى مباشرته عن اضافته الى الآمر فالآمر لا يحنث بمباشرة المامور وان كان لا يستغنى عن هذه الاضافة يحنث والفقه فى ذلك أن العقد متى رجعت حقوقه الى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقى عن حكم العقد له وعن حقوقه وكلاهما يرجعان اليه ومتى رجعت حقوقه الى العاقد لا الى من وقع حكم العقد له فمقصوده من الحلف التوقى من رجوع الحقوق اليه وهى لا ترجع اليه فلا يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المامور به النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والايداع وقبول الوديعة والاعارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء فان الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث أيضا بفعل المامور وأما مالا يحنث الحالف بمباشرة المامور به فهو البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن المال وكذلك القسمة ومن المشايخ من ألحق الخصومة بهذا القسم واذا عرف هذا ظهر معنى كلامه الا ألفاظا ننبه عليها وقوله (الا أن ينوى) استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث أى الا أن ينوى أن لا يامر غيره أيضا فحينئذ يحنث وقوله (أو يكون الحالف ذا سلطان) يعنى اذا باشره المامور حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما هو معتاده ومعتاده الامر للغير فلما أمر غيره وفعل المامور حنث ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث أيضا لوجود البيع منه حقيقة وقوله

لانه

لانه يمنع نفسه عما يعتاده (ومن حلف لا يتزوج أولا يطلق أولا يعتق فوكل بذلك حنث) لان الوكيل فى هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين فى القضاء خاصة) وسنشير الى المعنى فى الفرق ان شاء الله تعالى (ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث فى يمينه) لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور (ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسى دين فى القضاء) بخلاف ماتقدم من الطلاق وغيره و وجه الفرق أن الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضى الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص فى العام فيدين ديانة لا قضاء

من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الآمر بنفسه يحنث أيضا لانعقاده على الاعم من فعله بنفسه أو مامور ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة و يوكل أخرى تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كأن من كان كحلفه لا يبنى ولا يطين انعقد كذلك (قوله ومن حلف لا يتزوج أولا يطلق أولا يعتق فوكل بذلك حنث) يعنى اذا فعله الوكيل وهو قول مالك وأحمد و وجه للشافعية وأكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبته الى الآمر مجاز ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المامور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وأنتم تابونه قلنا المالم علك اضافته الى نفسه بل لا يستغنى عن اضافته الى موكله كان ناقلا عبارة للموكل فاضاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به ألا ترى أنه يقال فى العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر أو حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم أحكام هذه العقود نظرا الى الغرض وهو أعم مما يلزم بمباشرته أو مباشرة مامور وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز (ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين فى القضاء خاصة) وفيما بينه و بين الله تعالى يدين ولو خلعها أو قال أنت طالق بائن حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند أبى يوسف لان الايلاء طلاق مؤجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا للضرر عنها فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عنينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث فى قول زفر وعن أبى يوسف روايتان ولو زوجه فضولى فأجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفى الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندى لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين أو قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه (قوله ولو حلف لا يضرب عبده أولا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره) فلما ملكه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به (ثم منفعته راجعة الى الآمر) على الخصوص وهو ما يحصل من أدبه وانزجاره (فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المامور) وفرض المسئلة فى ضرب عبده احترازا عما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره الا ان يكون الحالف سلطانا أو قاضيا الا نهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فيملكان الامر به (ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسى دين فى القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره و وجه الفرق أن الطلاق ليس الا تكلما بكلام) شرعى يوجب أثرا شرعيا فى المحل وهو الفرقة (والامر بذلك مثل التكلم به) لان المامور به كالرسول به ولسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى

التطليق من المامور حقيقة ومن الآمر حكما فوجد شرط الحنث عن الحالف من وجه دون وجه فلا يحنث كما فى البيع ونحوه ولنا أن عوض الحالف التوقى عن حكم العقد وحقوقه وشئ من أحكام هذه العقود الشرعية لا يستقر على المامور بل ينقل العقد بجميع الاحكام الى الآمر وصار المامور سفيرا ولهذا يضيفه الى الآمر لا الى نفسه (قوله لان المالك له ولاية ضرب عبده) بخلاف ما اذا حلف أن لا يضرب حرا فامر غيره فضربه

(لان المالك له ولاية ضرب عبده) يلوح الى أنه لو أمر غيره بضرب حر وقد حلف على ضربه فضربه المأمور لم يحنث لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر أمره فيه وقوله (و وجه الفرق) هو الفرق الموعود بقوله سنشير وحاصله انه اذا نوى الخصوص فى العموم يصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانة وان كان فى ذلك تخفيف عليه لان الكلام ينصرف الى حقيقته بغير نية فاذا وجدت النية كان الصرف اليها أولى

وقوله (لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه) أى الى الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التادب والتثقف وقوله (ومن قال ان بعت لك هذا الثوب) على ماذكره فى الكتاب واضح وحاصل ذلك أن لام الاختصاص اذا اتصلت بضمير عقيب فعل متعد فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله أو يتاخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة أولا فان احتملها وتوسط بينهما كانت اللام لاختصاص

الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له أولم تكن وذلك انما يكون بالامر وان تاخر عن المفعول كان اختصاص العين به وشرط كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله أولم يقع وان لم يحتملها لا يفترق الحكم فى الوجهين أى فى التوسط والتاخر بل يحنث اذا فعله سواء كان بامره أو بغير أمره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يمكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سواء فتعين أن تكون اللام لاختصاص العين صونا للكلام عن الالغاء ومعنى دس أخفى والمراد بالغلام اما العبد على ماذكره فى الجامع الصغير لقاضيخان واما الولد كما ذكر فى الفوائد الظهيرية وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبده فامر غيره بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف قبيل هذا ومن الشارحين من وجه الاول بان المراد بالوكالة والنيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل

أما الذبح والضرب ففعل حسى يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء (ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث) فى يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التادب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الائتمار بامره عائدة الى الآمر فيضاف الفعل اليه (ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث) لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضى اختصاصه به

التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض أن مقتضياته لا ترجع اليه وهى الحقوق وحقيقة المراد أن الطلاق ومامعه لما كان لفظا يثبت عنده أثر شرعى فالحالف على تركه حالف أن لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى أعم من أن يتحقق بمباشرته أو بمباشرة المامور ففيه أحدهما خلاف الظاهر (أما الذبح والضرب ففعل حسى) لا يتوقف تحقق أثره على الآمر لان الضرب يثبت مع أثره من الفاعل بلا اذن منه فنسبة الفعل الى الآمر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوى أن لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول أسبابا شرعية لآثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به الا باذنه عن ولاية فلما كان للاذن فيها أثر نقلها الى الحالف قالوا ثبوت تصديقه قضاء فى ضرب العبد رواية فى تصديقه قضاء فى الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدق فى الفصلين وهو قول الشافعى والحق أن الفرق ثابت ولكن تاثيره فى اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل يتحقق أثره بلا اذن والقول لا يتحقق أثره الشرعى الا باذن لا يجزم عنده بلزوم الفرق المذكور (قوله ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث فى يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد) المضروب (وهى التادب والتثقف) أى التقوم وترك الاعوجاج فى الدين والمروءة والاخلاق (فلم ينسب فعل المأمور الى الآمر) وان كان يرجع الى الاب أيضا لكن أصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا موجب للنقل وأما فى عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر ويقول العامى لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد أن يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق ايعاده ذلك ولم يكذب فقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتى ويحنث بفعل المامور (قوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق الخ) لا شك

لا يحنث لان أمر المولى غيره صح لانه يملك ضرب عبده بنفسه فيملك أمر غيره به ولهذا اسقط الضمان عن المامور وأمره بضرب الحر لم يصح لانه لا يملك ضربه بنفسه الا أن يكون الحالف سلطانا أو قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فيملكا الامر به (قوله أما الذبح والضرب فعل حسى يعرف باثره) وهو الايلام فحقيقته عند اسناده الى نفسه أن يفعله بنفسه والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق ديانة وقضاء بخلاف الطلاق والعتاق لانه ليس الا كلام يفضى الى الطلاق والعتاق والتوكيل بذلك مثل التلفظ به فينتظمهما اللفظ وهو قوله لا يطلق فاذا نوى التلفظ بنفسه فقد نوى الخصوص فى العام وهو خلاف الظاهر فيصدق ديانة لا قضاء وهذا هو الفرق الذى وعده قبيل هذا بالاشارة الى الفرق وقيل ذكر القضاء فى مسئلة الضرب رواية فى الطلاق لانه فى الموضعين اذا نوى المباشرة فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء فى الفصلين (قوله لان حرف اللام دخل على البيع) حيث قال ان بعت لك ثوبا فيقتضى اختصاصه به أى اختصاص البيع بالمحلوف عليه وفى قوله ان بعت ثوبا لك دخل حرف اللام على العين لانه

عما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شئ من ذلك فكان كالاكل والشرب وأجاب عن المسئلة وذلك المذكورة بان محمدا لم يذكرها وهو مخالف لماذكره المصنف وتخطئة له فانه ذكر انه لا حقوق له ترجع الى المامور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة

(قوله وشرط حنثه الخ) أقول والذى يستفاد من هذا الكلام هو أن الحالف لو باع الثوب المملوك للمحلوف عليه مع علمه بانه ملكه بغير أمره كان ينبغى أن لا يحنث فليتامل (قوله والمراد بالغلام اما العبد الى قوله واما الولد) أقول والغلام يطلق على الولد أيضا قال الله تعالى انا نبشرك بغلام

قال (ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم) لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق (فينزل الجزاء) قيل لو كان البيع من غير افادة الحكم كافيا لوقوع ماعلق به لكان النكاح كذلك فاذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب أن ينزل الجزاء وليس كذلك وأجيب بان جواز البيع ليس مع المنافى وجواز النكاح مع المنافى لانه رق والانسانية تنافيه فاذا كان النكاح فاسدا اعتضد فساده بما يخالف الدليل فترجح جانب العدم فصار كان لم يكن بخلاف البيع لانه موافق للدليل وقد كان موجودا بالايجاب والقبول فى المحل وان لم يفد الحكم ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق أيضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر لان خيار المشترى لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على أصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشراء بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق ورد بان فى التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز أصلا لعدم احتماله التاخير وفى التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت

وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجرى فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره أو بغير أمره علم بذلك أولم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه أقرب اليه فيقتضى الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجرى فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه فى الوجهين (ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على أنه بالخيار عتق) لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء (وكذلك لو قال المشترى ان اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار عتق) أيضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم

انه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد أما على جعل المخاطب مشتريا له فيهما فاللام للاختصاص وأما على جعلها فيهما للتعليل أى بعته لاجلك فهى أيضا تفيد الاختصاص على ماذكروا لكن الوجه الظاهر فى الاستعمال أنه اذا وليت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل ووجه افادتها الاختصاص هو أنها تضيف متعلقها المدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كاف المخاطب فتفيد ان المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد أنه لا يستفاد اطلاق فعله الا من جهته وذلك يكون بامره واذا باع بامره كان بيعه اياه من أجله وهى لام التعليل فصار المعقود عليه أن لا يبيعه من أجله فاذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من أجله لان ذلك لا يتصور الا بالعلم بامره به ويلزم من هذا كون هذا لا يكون الا فى الافعال التى تجرى فيها النيابة كالصياغة نحو ان صغت لك خاتما وكذا ان خطت لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان باذنه أو بغير اذنه لان المحلوف عليه يوجد مع أمره وعدم أمره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب لان اللام هنا أقرب الى الاسم الذى هو الثوب منه للفعل والقرب من أسباب الترجيح فيوجب اضافتها الثوب الى مدخولها على ماسبق ومثله ما لو وليت فعلا لا تجرى فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان أكلت لك طعاما أو طعاما لك أو شربت لك شرابا أو شرابا لك أو ضربت لك غلاما أو غلاما لك أو دخلت لك دارا أو دارا لك فانه يحنث بدخول دار يختص بها المخاطب أى تنسب اليه وأكل طعام يملكه سواء كان بامره أو بعلمه أو دونهما ثم ذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان كالاجارة قال تعالى وبشروه بغلام عليم وقال قاضيخان المراد به العبد للعرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك (قوله ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع و) الغرض أن (الملك فيه قائم) لان خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع (فينزل الجزاء) لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا فان كان العبد فى يد المشترى

أقرب اليه فيقتضى اختصاص العين بالمحلوف عليه فان نوى الثانى بالاول أو الاول بالثانى صحت نيته لانه نوى ما يحتمله اللفظ بالتقديم والتاخير (قوله بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام) وفى الكافى للعلامة النسفى رحمه الله قيل المراد بالغلام الولد لا العبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان نظير الاجارة لا نظير الاكل والغلام يطلق على الولد كما يطلق على العبد قال الله تعالى انا نبشرك بغلام اسمه يحيى وقيل المراد به العبد لان المراد بجريان الوكالة وكالة تتعلق بها حقوق يرجع الوكيل بها على الموكل وليس للضرب حقوق تلحق الوكيل ليرجع بها على الموكل ولا يملك الضرب بعقد ما فكان كالاكل وفى الجامع الصغير لقاضيخان رحمه الله لو قال ان ضربت لك عبدا أو ضربت عبدا لك فهو على ضرب عبد مملوك للمحلوف عليه لمكان العرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك فانصرفت اللام الى ما يملك ويؤخر المقدم وفى الفوائد الظهيرية المراد بالغلام الولد (قوله فى الوجهين) أى دخلت اللام فى الفعل أو العين (قوله ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط) فان قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع

العتق بعد مضى مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به فى الحال وأجيب بان العتق يحتاط فى تحصيله وهو ممكن

اسمه يحيى (قوله قيل لو كان البيع الى آخر قوله وأجيب بان جواز البيع ليس من المنافى) أقول وقد يقرر هذا السؤال والجواب هكذا فان

بإيقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر الى مضي مـدة الخيار وطولب ههنا فرق بين ما نحن فيه من المسئلة

فيه وهذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك

مضمونا عليه بان كان غصبه لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبـد عن ملكه الى المشتري قيل وهذه تدل على أن المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبـد فكان المعلول وهو الملك أسرع ثبوتا من المشروط الذي هو العتـق حيث وجد ملك المشتري قبـل وجود العتق ويمكن أن يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لانه بعده فلم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وهذا على أن المعلول عقيب العلة كما هو رأي المصنف فعرف بهذا وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق (قوله وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار) يعني للمشتري (يعتق أيضا) أما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا بان كان غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا باتا عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيـه أما على قولهما فظاهر وأما على قول أبي حنيفة فلان العتق انواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشتراه بشرط الخيار وأعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق ويثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا فكذا هـذا وأورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول أبي حنيفـة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبدي حر فتزوج نكاحا فاسدا مع أن كلا منهما لا يفيد الملك وأجيب بان البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف اذا كان الملك فاسدا فلا يحكم بانه الشرط الا اذا صح ويمكن أن يقال لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيـع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليقه السابق عتق من يشتريه فانه يلزم أن ينزل العتق عند الشراء لانه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح وأورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عند الخيار والحكم يتقدمه يلغو والمعلق لا يلزم لغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغو وأجيب لما أمكن أن يجري فيـه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك والاجاز أن يفسخ قبل المدة فلا يعتق بخـلاف ما اذا اشـترى أباه بشرط الخيار لا يعتق الا أن تمضي المدة عند أبي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلم بالاعتاق بعـد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك لا بالشراء أما ههنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا أنت حر فينفسخ

ذلك اعتبر لنزول الجزاء والنكاح الفاسد نكاح لم يفد حكمه ولم يحنث به اذا علق به العتق قلنا جواز البيع باعتبار المالية وليس في المالية معنى ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الانسانية ألا ترى أنه يختص ببني آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول لانها تقتضي الحرية والنكاح رق على ما جاء في الحديث فلا يحنث الا اذا كان صحيحا كذا في الفوائد الظهيرية (قوله وهذا على أصلهما ظاهر) لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك للمشتري عندهما (قوله والمعلق كالمنجز) فان قيل في المنجز لو لم يثبت الملك سابقا عليه يبطل التنجيز فاقتضى ثبوت الملك ولا يبطل التعليق فلا يقتضي ثبوت الملك فكيف يثبت الملك اقتضاء قلنا لما أمكن ايقاع العتق من وجه بفسخ الخيار لم يتأخر الى مضي مدة الخيار لان العتق مما يحتاط في اثباته ومن الاحتياط تعجيله لا تأخيره وقد تنجز من وجه وانما لم يعتق عليه قريبه اذا اشتراه بشرط الخيار لان الملك وخيار المشتري في شري القريب لم توجد كلمة الاعتاق بعد الشراء وانما يعتق القريب عليه بحكم الملك وخيار المشتري عند أبي حنيفة رحمه الله يمنع ثبوت الملك للمشتري فلا يعتق قبل سقوط الخيار وأما ههنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا أنت حر فينفسخ الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك

ويبنها والخيار للبائع فانه قد اشتراه ولم يعتق عليه وفرق بين تلك المسئلة وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فانه لا يعتق عليه ما لم يسقط الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله وفرق بين الاوليين بان الخيار اذا كان للمشتري يتمكن من اسقاطه ومتى كان الخيار للبائع لا يتمكن من اسقاطه وبين الثانيتين بان شراء القريب لم يوجد فيـه كلمة الاعتاق بعـد الشراء حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقط وأما في الايجاب المعلق فانه يصير قائلا عند وجود الشرط أنت حر فيسـقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ووضع المسـئلة في البيع بشرط الخيار يفيد أن البيع اذا كان باتا لا يعتق وان وجد البيع بناء على أن العلة مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهـما يتعاقبان فيه

قيل هذا البيع لم يفد حكمه ومع ذلك اعتبر لنزول الجزاء والنكاح الفاسـد لم يفد حكمه ومع ذلك لم يعتبر ولم يحنث به اذا علق به العتق قيل جواز البيع باعتبار المالية وليس في المالية معنى ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول وجواز النكاح باعتبار الانسانية ألا ترى أنه يختص ببني آدم وفيها ما ينبو عن قبول حكم الايجاب والقبول لانها سابقا

(ومن قال ان لم أبع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم

سابقا عليه فكذا هذا (ومن قال ان لم أبع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر طلقت امرأته) لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع (واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هـذه التي حلفته في القضاء) وعن أبي يوسف أنها لا تطلق لانه أخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام

الخيار ضرورة (قوله ومن قال ان لم أبع هذا العبد أو هذه الامة فامرأته طالق فاعتق أو دبر) تدبيرا مطلقا (طلقت لان الشرط) وهو عـدم بيعه (قد تحقق) بوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير فصار كما لو علق طلاقها بعـدمه بلفظ ان فات أو مات العبـد فانها تطلق لوقوع اليأس وأورد عليـه منع وقوع اليأس في العتق مطلقا بل في العبد أما في الامة فجاز أن ترتد بعد العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيعتقها وفي التدبير مطلقا لجواز أن يقضي القاضي ببيع المدبر وأجيب بان من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح أنها تطلق لان ما فرض من الامور الموهومة لو وقع فلا يعتبر ولان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك وأجيب أيضا عن المدبر بان بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق ولا فرق بين كون العبد ذميا أو مسلما ويجري فيه اختلاف المشايخ والتصحيح (قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء) وان قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى وتطلق في القضاء وهذه مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكروا عن أبي يوسف في شروح الجامع الصغير أنها لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشايخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق عـلى السؤال فكأنه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة (ولان غرضه ارضاؤها) لايحاشها وجه ظاهر الرواية أن اللفظ عام ولا مخصص متيقن لانه ان كان فهو غرض ارضائها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليـه فيما أحـل الله له فكان محتملا لكل من الامرين فالحكم بعين تحكم ولانه زاد على قدر الجواب اذ يكفيه أن يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدئا تحرزا عن الالغاء والله أعلم *(فروع)* قال لي اليك حاجة أتقضيها الي فقال نعم وحلف على ذلك بالطـلاق والعتاق فقال حاجتي أن تطلق زوجتك ثلاثا له أن لا يصدقه لانه متهم ولو حلف ليطيعنه في كل ما يأمره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا اذا كان ما يدل على قصده الى ذلك عند تحليفه على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون به النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طـلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الايلاء يحنث لا بما لا يضاف اليه فـلا يحنث بتفريق القاضي للعنـة واللعان ولا باجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو أجازه بالقول * قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان أنه دخلها اليوم فقال عبده حر ان كانا رأياني دخلت لم يعتق عبده بقولهما رأيناه دخـل حتى يشهد آخران

ولو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق لانه كما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك (قوله لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع بفوات محلية البيع) فان قيل المحلية في التدبير باقية فانه يمكن بيع المدبر اذا قضى القاضي بجواز بيعه قلنا عند القضاء بجواز بيعه ينفسخ التـدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار بقاء التدبير وقد قلنا أن بيع المـدبر لا يجوز فكان المحل فائتا والحكم لا يبنى على ما يظهر عند قضاء القاضي في المجتهدات فان قيـل لم يقع اليأس في الجارية عن بيعها بالتحرير والتدبير لجواز أن ترتد فتسبى بعد اللحاق فيملكها هذا الرجل ويبيعها قلنا الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وباعتباره تحقق اليأس بالتحرير والتـدبير وما ذكرتم موهوم والاحكام لا تبنى على الموهومات فتحقق اليأس عن البيع نظرا الى الاصل (قوله لانه أخرجه جوابا فينطبق عليه) فان قيل زاد على قدر الجواب قلنا الزيادة على القدر المحتاج اليه للجواب انما يخرج الكلام عن الجواب

البيع لفوات محلية البيع) وهذا في اعتاق العبد ظاهر وأما في التدبير والامة فلابد من بيان لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضي بجواز بيعه والامة يجوز أن ترتد فتسبى بعـد اللحاق بدار الحرب وذلك أن الكلام في المـدبر ما دام مدبرا واذا قضى القاضي بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحليـة انما كان باعتبار بقاء التـدبير وهذا كما ترى غير مخلص لانه يفيد أن فوات المحلية ببقاء التـدبير والتدبير قد يزول فلا تفوت المحليـة فكان الواجب أن لا يقع الطلاق والاولى في البيان أن يقال بيع المدبر لا يجوز فالظاهر أن المسلم لا يقدم عليه فان أقدم فالظاهر أن القاضي لا يقدم عـلى القضاء بما لا يجوز ومع ذلك فالاصـل عدم ما يحدث فكان عدم فوات المحلية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفا للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبرا وأما الامتناع من مشايخنا من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هـذا الاحتمال والصحيح أنها تطلق لانه انما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير وقوله (ولو قالت المـرأة لزوجها) ظاهر

 تقتضي الحرية والنكاح رق فلا يحنث الا اذا كان صحيحا كذا في الفوائد الظهيرية

(قوله وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير) أقول فيه بحث فان الملك كامل في المدبر كما مر في الباب السابق والاظهر أن يقول ولا يمكن البيع

وقوله (لانه زاد على حرف الجواب) أى أصله لانه لو أراد الجواب المطابق لقال ان فعلت فهى طالق فلما ذكر كلمة كل دل على أن مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتدأ وقوله (وقد يكون غرضه ايحاشها) جواب عن قوله بان الغرض ارضاؤها

(باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم) قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لان فى هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيرها وانما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه فى وجه يلزمه اما حجة أو عمرة فى قولهم جميعا وفى

وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام

(باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم)

(ومن قال وهو فى الكعبة أو فى غيرها على المشى الى بيت الله تعالى أو الى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وأهراق دما) وفى القياس لا يلزمه شئ لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة فى الاصل ومذهبنا مأثور عن على رضى عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب وأراق دما وقد ذكرناه فى المناسك

غيرهما أن الاولين رأياه دخل ادعت أنها امرأته فحلف بطلاق زوجة أخرى له ما هى امرأته فاقامت بينة أنها امرأته فقال كانت امرأتى فطلقتها قال لا يحنث * حلف ماله عليه شئ فشهدا أن له عليه ألفا وقضى بها القاضى يحنث فى قول أبى يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند أبى يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا أنه أقرضه ألفا والمسألة بحالها لا يحنث فى قولهما * حلف بطلاق ولا يدرى حلف بواحدة أو أكثر يتحرى و يعمل بما يقع عليه التحرى فان استوى ظنه يأخذ بالاكثر احتياطا * قال عمرة طالق الساعة أو زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احداهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احداهما خير فى ايقاعه على أيهما شاء * ولو اتهمت امرأة بالسرقة فامرت زوجها أن يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج أن لا يصدقها لانها صارت متناقضة * حلف ان لم يجامع امرأته ألف مرة فهى طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير * حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يحنث فى قول محمد والاصل أنه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما يعتبرانه وقت التكلم والله أعلم

(باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم)

قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فتترجح فى نفسها فيقتضى ذلك أن تقدم الا أن يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لاهمية التقديم (قوله ومن قال وهو فى الكعبة أو فى غيرها على المشى الى بيت الله أو الى الكعبة) وكذا على المشى الى مكة أو بكة بالباء (فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وأهراق دما) والتقييد بكونه فى الكعبة مذكور فى الجامع الصغير ليفيد أن وجوب أحد النسكين بهذه

اذا لغت الزيادة متى جعل جوابا ولا تلغو الزيادة هنا ان جعل جوابا لانه قصد تطييب قلبها وتسكين نفسها وذا بتطليق غيرها لجواز أن يقع فى قلبها أنه أراد بما قال غير التى ظنت (قوله وقد زاد على حرف الجواب) اذ جوابه ان يقول ان فعلت فهى طالق ثلاثا (قوله ومع التردد لا يصلح مقيدا) أى الغرض لا يصلح مقيدا مع التردد فيه وذكر شمس الائمة رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير أن ما ذكره أبو يوسف رحمة الله تعالى عليه أصح عندى والله تعالى أعلم بالصواب *(باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم)*

(قوله ومن قال وهو فى الكعبة أو فى غيرها على المشى الى بيت الله تعالى أو الى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا)

وجه لا يلزمه شئ كذلك وفى وجه اختلفوا فيه أما الوجه الاول فنحو ما اذا قال على المشى الى بيت الله أو الى الكعبة أو الى مكة وفى رواية النوادر أو الى بكة سواء كان فى الكعبة أو فى مكة أو لم يكن لزمه حجة أو عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة خرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد أنه يخرج الى التنعيم ماشيا أو راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له أن يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشى الى بيت الله وانما المشى اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشى وقت الرواح أيضا لان الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله والقياس أن لا يلزمه بهذا النذر شئ (لانه التزم ما ليس بقربة واجبة) لان المشى أمر مباح (ولا مقصودة فى الاصل) يعنى لذاته لان المقصود منه شئ آخر لا نفسه فكان القياس أن يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف * أما الاثر فما قال محمد فى الاصل بلغنا عن على بن أبى طالب (ولو

بعد الاعتاق والتدبير *(باب اليمين فى الحج والصلاة والصوم)* (قال المصنف وفى القياس لا يلزمه الى قوله فى الاصل) اقول فان قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذر به وان لم يكن واجب من جنسه قصدا قلنا الاعتكاف لا يصح الا بالصوم والصوم من جنس القرب المقصودة فان قيل الاعتكاف يصح فى الليل وان كان الصوم لا يصح فيه قلنا صحة الاعتكاف فى الليل تبع لصحة الاعتكاف فى اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف فى الليل منفردا عن اليوم لا يصح وفى فصل القضاء بالمواريث من شرح الهداية كلام متعلق بالاعتكاف فراجعه

رضى الله عنه أنه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج راكبا وذبح شاة لركوبه كذا فى بعض الشروح وليس بمطابق لما نحن

(ولو قال على الخروج أو الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شئ عليه) لان التزام الحج أو العمرة بهذا اللفظ غير متعارف (ولو قال على المشى الى الحرم أو الى الصفا والمروة فلا شئ عليه) وهذا عند أبى حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد فى قوله على المشى الى الحرم حجة أو عمرة) ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما أن

العبارة ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ والا لغا لانه لا يلتزم المشى الا ليصل اليه فاذا كان فيه استحال لتسبب لحصوله والحق أن يقال ليس باعتبار أنه مدلول اللفظ لان الواقع أن مدلول المشى ليس هو الحج أو العمرة بل ولا يستلزمه لجواز أن يمشى الى البيت ولا يفعل نسكا اما ابتداء معصية واما بان يقصد مكانا فى الحل داخل المواقيت ليس غير فاذا وصل اليه صار حكمه حكم أهله وله بعد ذلك أن يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الجائز أن يكون فى البيت و يوجب المشى اليه مرة أخرى فيلزمه اذا خرج أن يعود كما لو كان فى بيت فقال والله لأدخلن هذا البيت فان عليه أن يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم بذلك مجازا باعتبار أنه سبب الاحرام صونا له عن اللغو لانه ليس لازما له لجواز أن يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو أن الذهاب الى هناك يكون لقصد الاحرام لما عرف من الغاء الالفاظ وهى ما اذا نذر الذهاب الى مكة كأن قال على الذهاب أو لله على الذهاب الى مكة أو السفر اليها أو الركوب اليها أو المسير أو المضى أنه لا يلزمه شئ مع امكان أن يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب أحد النسكين به فصار فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال على حجة أو عمرة والا فالقياس كما ذكره المصنف أن لا يجب بهذا شئ لانه التزم ما ليس بقربة واجبة وهو المشى ولا مقصودة فى الاصل ولو قيل بل هى واجبة فان المكى اذا قدر على المشى يلزمه الحج ماشيا أجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب أن يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلاة والمشى المذكور وكذا السعى الى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا و يقدر على المشى الا أنه قد يعكر عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا أن يراد من جنس المشى الى مكة وأورد أن الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب أجيب بان من شرطه الصوم ومن جنسه واجب وتوجيهه أن ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولا خفاء فى بعده فان وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن فى صحة وجوب المتبوع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع لزوم المشروط وان استدل بالاجماع أو النص المتقدم فى حديث نذر عمر رضى الله عنه الاعتكاف فى الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لانهم والشافعى لا يصححون نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط

هذه العبارة صارت كناية عن ايجاب الاحرام شرعا فان أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشى الى بيت الله تعالى فامرها النبى عليه السلام أن تحرم بحجة أو عمرة وعرفا فقد تعارف الناس ايجاب الاحرام بهذه العبارة نصا فصار كما لو قال على احرام بحجة أو عمرة ماشيا ولو قال ذلك لزمه احرام بحجة أو عمرة كذا هنا ولا فرق بين أن يكون الناذر فى الكعبة أو خارجا منها لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام عرفا اذ الاحرام باحد النسكين لا يكون بلا مشى فكان من لوازم الاحرام وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية والعرف لا يختلف بين كونه فى الكعبة أو خارجا منها وفى القياس لا يلزمه شئ لان النذر انما يصح بما شرع قربة لعينه والمشى ليس بقربة واجبة ولا مقصودة فى الاصل أى فى أصل الحج أو العمرة وانما يقصد به الكمال وانما هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء فان قيل يشكل هذا بالاعتكاف فقد صح النذر به وان لم يكن واجبا من جنسه قصدا قلنا الاعتكاف لا يصح الا بالصوم والصوم من جنس القربة المقصودة فان قيل الاعتكاف يصح فى الليل وان كان الصوم لا يصح فيه قلنا صحة الاعتكاف فى الليل تبع لصحة الاعتكاف فى اليوم ولهذا لو نذر الاعتكاف فى الليل منفردا عن اليوم لا يصح أو نقول صحة الاعتكاف باعتبار أنه انتظار للصلاة والاستدامة فيها

فيه لجواز أن يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال آخرون روى عن على رضى الله عنه أنه أجاب فى هذه المسئلة بان عليه حجة أو عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخى فى شرحه أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشى الى بيت الله تعالى فامرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تحرم بحجة أو عمرة * وأما العرف فما ذكره فى الكتاب أن الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال على زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب وأراق دما فله ذلك على ما ذكره فى المناسك وايجاب الحج أو العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب وارادة المسبب ولهذا لم يفرق بين أن يكون الناذر فى الكعبة أو فى غيرها فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما لو نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغى أن لا يلزمه المشى فى طريق الحج كما لا يلزمه هنا الضرب الحطيم بثوبه وانما يجب اهداء الثوب الى مكة لكون اللفظ عبارة عنه أجيب بان للحج ماشيا فضيلة ليست له راكبا قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر لفظه لايجاب المشى لاحراز تلك الفضيلة ومعناه فى ايجاب الحج أو العمرة لاجماعهم على ذلك المتعارف

الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله أن التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا

وجود واجب من جنسه واذا تعارفوه للايجاب صار كقوله على زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو أراد ببيت الله بعض المساجد لم يلزمه شئ وكذا لا يلزمه بقوله على المشي الى بيت المقدس أو مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شئ وأورد أنه اذا كان كقوله على حجة أو عمرة ينبغي أن لا يلزمه المشي لانه لو قال على الحج لا يلزمه والجواب أن الحق أن النقدير على حجة أو عمرة ماشيا لان المشي لم يهدر اعتباره شرعا فانه روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي الى البيت فامرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تركب وتهدي هديا رواه أبو داود وغيره وسنده حجة وما في صحيح مسلم أنه قال لتمش ولتركب فمحمول اما على ذكر بعض المروي وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني ان محل الاشكال جواز ركوبها ولو أهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له أن يفرق ويتصدق بل لو فرق لزمه استئنافه فاقتصر الراوي على ذلك لنفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر أو محمول على حالة الجهد فان في بعض طرقه وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقيته هنالك ذيلا طويلا وافرونا حجة وان الراجح أنه يلزمه المشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعني فالخلاف فيما اذا لم يحرم منه هل يلزمه المشي منه أو من حيث يحرم فيه من الميقات أما لو أحرم من بيته لزمه المشي منه بالاتفاق *(واعلم)* أن في بعض طرق حديث أخت عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم عملوا باطلاق الهدي في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين وأخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة الا أمرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة أن ينذر الرجل أن يحج ماشيا فمن نذر أن يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصنف ذكر هذا المذهب عن علي رضي الله عنه والمروي عن علي من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي في الرجل يحلف على المشي قال يمشي فان عجز ركب وأهدى بدنة ورواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فيمن نذر أن يمشي الى البيت قال يمشي فاذا أعيا ركب وأهدى جزورا وأخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن وأما ورود البدنة في خصوص حديث أخت عقبة بن عامر فاسند أبو يعلى في مسنده حدثنا زهير حدثنا أحمد بن عبد الوارث حدثنا همام حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عنها فقال ان الله عز وجل غني عن نذر أختك لتركب ولتهد بدنة وأما اذا كان الناذر بمكة وأراد أن يجعل الاحد الذي لزمه حجا فانه يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى أن يطوف طواف الزيارة كغيره وان أراد اسقاطه بعمرة فعليه أن يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا في أنه يلزمه المشي في ذهابه الى الحل

والاستدامة في الصلاة تصح في الليل والنهار فان قيل اذا كان هذا اللفظ استعارة لالتزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر بان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي أن لا يلزم عليه المشي في طريق الحج كما لا يلزم هنالك ضرب الثوب على حطيم الكعبة بل اهداء الثوب الى مكة لكون هذا اللفظ عبارة عنه قلنا نعم كذلك الا أن الحج ماشيا فضيلة ليست هي للحج راكبا كما قال عليه السلام من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة منها بسبعمائة فاعتبر لفظه في ايجاب المشي لاحراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج أو العمرة لاجماعهم على ذلك للتعارف فصار كناية عن ايجاب الحج ماشيا (قوله فامتنع أصلا) أي الايجاب من الاصل حيث لم يجب عليه الاحرام باحد النسكين (قوله غاية الامر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به بخلاف شهادتهما أنه لم يحج لانا لا ندري هل شهدا عن علم أم بنيا على ظاهر العدم فلهذا لم يقبل ولهذا لو شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وهو يقول انما

(ومن

وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز والاولى أن يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج أو العمرة ماشيا لان الحقيقة مرادة بلفظه ومجازه بمعناه * وأما الوجه الثاني ففيما اذا قال على الخروج أو الذهاب أو السعي أو السفر أو الركوب أو الاتيان الى بيت الله أو المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شئ لعدم الاثر والعرف فيه فكان باقيا على القياس * وأما الوجه الثالث ففيما اذا قال على المشي الى الحرم أو الى المسجد الحرام قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا شئ عليه كما لو قال على المشي الى الصفا والمروة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه حجة أو عمرة لان الحرم شامل للبيت (وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله أن التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف) حتى يصير مجازا (ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا)

(قوله وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول والذي يعلم من كلام الكافي أن اللفظ كناية لا مجاز فلا يلزم الجمع بينهما

(ومن قال عبدي حر ان لم أحج العام) ظاهر وقوله (لكن لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا) نوقض بمسئلة السير الكبير وجلا اذا شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى فبانت منه امرأته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي لانها قامت على نفي شئ أحاط به علم الشاهد وأجاب الامام قاضيخان بان هذه الشهادة شهادة قامت على أمر وجودي

(ومن قال عبدي حر ان لم أحج العام وقال حججت وشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يعتق) لان هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا أنه لم يحج العام غاية الامر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا

أولا يلزمه الا بعد رجوعه منه محرما والوجه يقتضي أنه يلزمه المشي لما قدمناه في الحج من أنه يلزمه المشي من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام ليحرم منه أعني المواقيت في الاصح لما قدمناه عن أبي حنيفة لو أن بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلي أن أحج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه أن يمشي من بغداد ولو قال على السفر الى بيت الله فقد علمت أنه لا يلزمه شئ مع أخواته ومثله الشد والهرولة والسعي الى مكة وكذا على المشي الى أستار الكعبة أو باب الكعبة أو ميزابها أو اسطوانة البيت أو الصفا أو المروة أو الى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شئ واختلفوا فيما اذا قال لله على المشي الى الحرم أو الى المسجد الحرام قال أبو حنيفة لا يلزمه شئ وقال صاحباه يلزمه أحد النسكين والوجه في ذلك أن يحمل على انه تعورف بعد أبي حنيفة ايجاب النسك بهما فقالا به كما تعورف بالمشي الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذي ذكرلهما (١) متضائل وهو أن الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكرا مشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة ولو صرح بقوله لله على المشي الى الكعبة لزمه فكذا ذكر المشتمل لان ايجاب اللفظ لتعارف عينه فيه وليس عين المشي الى الحرم عينه وهو وجه أبي حنيفة (قوله ومن قال عبدي حر ان لم أحج العام فقال بعدا نقضائه حججت وأقام العبد شاهدين على أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ولم يذكر قول أبي يوسف مع أبي حنيفة في الجامع الصغير قاله صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير (وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على أمر مشاهد وهو التضحية) وكيف لا يقبل (ومن ضرورته انتفاء الحج) ذلك العام (فيتحقق الشرط) فيعتق (ولهما انها قامت على النفي) معنى (لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية) فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعي وهو العبد لا حق له فيها يطالبه لان العتق لم يتعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم أنها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل أنه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به أجاب المصنف بقوله (غاية الامر أن هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا يميز بين نفي ونفي) في عدم القبول بان يقبل النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح (تيسيرا)

وصلت به قول النصارى قبلت هذه الشهادة على النفي لاحاطة علم الشاهد به كذا هنا (قوله ولكنه لا يميز بين نفي ونفي) أي بين نفي يحيط به علم الشاهد وبين نفي لا يحيط به علم الشاهد تيسيرا كما في مسئلة الاستبراء والسفر والعقل مع البلوغ وغيرهما فاما في قول الشاهد ولم يقل قول النصارى انما قبلت الشهادة لان ذا عبارة عن السكوت وهو أمر ثابت معاين فان قيل الشهادة على النفي انما لم تقبل اذا لم تكن مقرونة بالاثبات أما اذا قرنت بالاثبات فتقبل كشهود الارث اذا قالوا ان هذا وارث فلان لم نعلم له وارثا غيره حتى يدفع المال الى

وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامامان العلمان في التحقيق شمس الائمة وفخر الاسلام اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما الاحاطة علمهما بذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه ليس مختار المصنف لافضائه الى الحرج

(قوله جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي الخ) أقول في الكافي فان قيل ذكر في المبسوط أن الشهادة على النفي تسمع في الشروط ولهذا لو قال لعبده ان لم أدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا أنه لم يدخل الدار اليوم تقبل شهادتهما ويقضى بعتقه وما نحن بصدده من قبيل الشروط قلنا هو عبارة عن أمر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار اه وهو مخالف لما قدممن أن النحر وان كان ثبوتيا لكنه لا يدخل تحت القضاء ولم يكن معتبرا فبقي النفي مقصودا كما لا يخفى فان كونه خارج الدار لا يدخل تحت القضاء أيضا (قوله وأجاب الامام قاضيخان الخ) أقول ان كان قوله لانها قامت على نفي شئ الخ مذكورا في السير الكبير لا يستقيم جواب قاضيخان (قوله وهو سكوت الزوج) أقول في كون السكوت وجوديا بحث قال في شرح العقائد السكوت هو ترك التكلم

(١) متضائل أي متصاغر من الضآلة وهي النحافة وفي بعض النسخ ليس بقوي متضائل ولعلهما نسختان جمع الناسخ بينهما اه مصححه

(ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث) لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب (ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث) لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح فى تقدير المدة به

ودفعا للحرج اللازم فى تمييز نفى من نفى وأما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذى هو أمر وجودى وصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد أنه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفى فى ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فأما النحر وان كان وجوديا ونفى الحج فى ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها فى حقه فبقى النفى هو المقصود بها وأما ما فى المبسوط من أن الشهادة على النفى تقبل فى الشروط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخلها اليوم تقبل ويقضى بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط فأجيب عنه بانها قامت بأمر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفى ضمنا ولا يخفى أنه يرد عليه ان العبد كما لاحق له فى التضحية اذ لم تكن هى شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لاحق له فى النحر والحج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج فى مسئلتنا لما كان المشهود به مما هو وجودى متضمن للمدعى به من النفى المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفى المدعى به فقول محمد أوجه (قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وأمسك ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط) وهو الصوم الشرعى (اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب) وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على أدنى امساك فى وقته تكرار للشرط ولان بمجرد الشروع فى الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا أنزل ابراهيم صلى الله عليه وسلم ذابحا حيث أمر السكين فى محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة فلذا قال فيمن حلف لا يصلى انه اذا قام وقرأ وركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لم يدخل فى الوجود تمام حقيقتها (قوله ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما لم يحنث بصوم ساعة) بل باتمام اليوم أما فى يوما فظاهر وكذا فى صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله على صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال على صلاة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغى أن لا يحنث فى الاول الا بيوم لانا نقول الثابت فى ضمن الفعل ضرورى لا يظهر أثره فى غير تحقيق الفعل بخلاف الصريح فانه اختيارى يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال وقد أورد عليه ما لو قال لا أصوم من هذا اليوم وكان بعد أن أكل أو بعد الزوال أو قال لامرأته ان لم تصلى اليوم فأنت طالق فحاضت من ساعتها أو بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت فى الحال مع أنه مقرون بذكر اليوم ولا كمال وأجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما فى صورة الناسى وكذا الصلاة من الحائض لان درور الدم لا يمنع كما فى المستحاضة الا أنها لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط أدائه بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم أصلا فلا يتصور بوجه وهاتان المسئلتان انما تصلحان مبتدأتين لا موردتين لان كلامنا كان فى المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات

المشهود له بلا تلوم والمشهود به هنا أمر ثبوتى والنفى يثبت ضمنا فأولى أن تقبل قلنا التضحية وان كانت أمرا وجوديا لكنها مما لا تدخل تحت القضاء فلم يكن معتبرا فبقى النفى مقصودا فأما الارث فمما يدخل تحت القضاء فيكون معتبرا ويثبت النفى فى ضمن ذلك فان قيل ذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى المبسوط فى كتاب الدعوى ان الشهادة على النفى تسمع فى الشروط ولهذا لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فشهدا أنه لم يدخل الدار اليوم تقبل ويقضى بعتقه وما نحن بصدده من قبيل الشروط قلنا هو عبارة عن أمر ثابت معاين وهو كونه خارج الدار (قوله لوجود الشرط) اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب

قوله (ومن حلف لا يصوم) ظاهر وقوله (لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا) أورد عليه ما لو قال والله لا أصوم من هذا اليوم وكان ذلك بعد ما أكل أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعى فان الصوم الشرعى بعد الاكل أو الشرب أو بعد الزوال غير متصور والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعى وهو كون اليمين بعد الاكل أو بعد الزوال فانصرف الى الصوم اللغوى وانعقدت يمينه عليه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنع عن الصوم الشرعى فينصرف اليه وقوله

(قال المصنف اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب) أقول ان قلت المصدر مذكور هنا أيضا قلت بلى لكن لغة لا شرعا وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا (قوله أورد عليه ما لو قال والله لا أصوم الخ) أقول هذا الايراد غير متوجه على هذا القول بل مورده قوله واليوم صريح فى تقدير المدة الآن يقال المراد قوله لانه يراد به الصوم المعتبر شرعا الى آخر الكلام فليتأمل

ولو

(ولو حلف لا يصلى فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث) والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع فى الصوم وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر فى الجزء الثانى

هى النكرات وهى أسماء الاجناس والافراد بدون عموم ومطلق ولا يقول به أحد والمسئلتان مشكلتان على قول أبى حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا فى صورة أخرى وهى صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان فى صورة الحلف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلاة الشرعيين أما على قول أبى يوسف فظاهر أنهما تنعقدان ثم يحنث *(واعلم)* أن التمرتاشى ذكر أنه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز لانه لتعظيم الله تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين فى الماضى وظاهره يشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم أفطر من يومه لكن مسئلة الكتاب أصح لانها نص محمد فى الجامع الصغير (قوله ولو حلف لا يصلى فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس) يعنى على الصوم (أن يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن أفعال مختلفة فما لم يأت بها لا تسمى صلاة) يعنى لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفى بانتفاء الجزء (بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثانى) ولذا قال الفقيه أبو الليث لا فرق بينهما فى الحاصل لان ما بعد صوم ساعة مكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلاة ركعة يعنى لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المصنف (وان سجد مع ذلك) يعنى الركوع وما قبله (ثم قطع حنث) ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشى حلف لا يصلى يقع على الجائز كما تقدم فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين فى الماضى أى حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلاة الماضية يراد الخبر عنها الا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا أن يراد بالفاسدة أن تكون بغير طهارة ويكون ما فى الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لا يصلى فصلى صلاة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الغرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلاة صورة واطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه ومع هذا يحنث بالصحيحة أيضا وليس فى هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه أن فى الصحيح ما فى الفاسد وزيادة على شرط الحنث فلا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضى بان قال ان كنت صليت فهى على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا أصلى ولا أصلى صلاة حيث يحنث بركعة فقال وفى صورة حذف المفعول المنفى فعل الصلاة لا كون المفعول صلاة وذلك يحصل بالركعة الا أنه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلاة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر فى حكم يقبل الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا أن المراد من الفاسدة هى التى لم يوصف منها شئ بوصف الصحة فى وقت بان يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما أوردناه فى الصوم ويرتفع الاشكال هنالك أيضا وأورد أن من أركان الصلاة القعدة وليست فى الركعة الواحدة فيجب أن لا يحنث بها وأجيب بان القعدة موجودة بعد رفع رأسه من السجدة وهذا أولا مبنى على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ والحق أنه يتفرع على الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى ذلك ومرت المسئلة فى سجود السهو والأوجه أن لا يتوقف اتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الارض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هى الركن والحق أن الاركان الحقيقية هى الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر

قد وجد وما زاد عليه تكرار ولهذا يقال صام فلان ساعة ثم أفطر وتكرار المحلوف عليه ليس بشرط لتحقق الحنث بخلاف ما لو حلف لا يصوم صوما ولا يقال ان المصدر مذكور هنا أيضا لانا نقول بلى لكن لغة لا شرعا وعند ذكر المصدر صريحا ينصرف الى الكامل وهو الصوم لغة وشرعا (قوله فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلاة) ألا ترى أنه لا يقال صلى ركوعا أو سجودا وانما يقال صلى ركعة والله أعلم بالصواب

(ولو حلف لا يصلى) ظاهر

(ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث مالم يصل ركعتين) لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

(باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك)

(ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة وقالا ليس عليه أن يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف) ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما أن النذر انما يصح في الملك أو مضافا الى سبب الملك ولم يوجد

وانما وجبت للختم فلا تعتبر ركنا في حق الحنث (قوله ولو حلف لا يصلي صلاة لم يحنث مالم يصل ركعتين لانه يراد بها الصلاة المعتبرة شرعا) على الوجه الذي قررناه في لا يصوم صوما (وأقل المعتبر شرعا صلاة ركعتين للنهي عن البتيراء) نهيا يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه المسئلة ما في الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف فقال بعض المتأخرين تبين بهذه أن المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فان المذكور عن أبي يوسف حلف لا يصلي ركعة وصلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا يتحقق الا بضم أخرى اليها والمذكور في الجامع حلف لا يصلي ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تأنيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلي صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته وان عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتي الفجر ينبغي أن لا يحنث حتى يقعد *(فروع)* حلف لا يؤم أحدا فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت أن لا أؤم أحدا صدق ديانة لا قضاء الا ان أشهد أني انما أصلي لنفسي وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى أن يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لان الشرط فيها الجماعة وقد وجد وحنث قضاء لا ديانة وينبغي اذا أمهم في صلاة الجنازة أن يكون كالاول ان أشهد صدق فيهما والا ففي الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلاة يريد في جماعة صحت نيته لانها ناقصة والمطلق ينصرف الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لا تسعه النية في هذا بخلاف ما اذا صلى الظهر في السفر ثم قاله يعني ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفي ما أخرت صلاة عن وقتها وقد نام فقضاها اختلفوا بناء على ان وقت التذكر وقتها بالحديث فيصح أولا بل ينصرف الى الوقت الاصلي

(باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك)

قدمه على الضرب والقتل لان اللبس أكثر وقوعا منه لا بقيد خصوص الملبوس أولان شرعيته أوسع من شرعية الضرب والقتل والحلي بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام كثدي وثدي (قوله ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك) أي ثوبا من غزلك أي مغزولك (فهو هدي) فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدي اتفاقا ولو لم يكن في ملكه قطن أو كان لكن لم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه فهي مسئلة الكتاب فعند أبي حنيفة هو هدي (وقالا ليس عليه أن يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف) أي وقت الحلف (ومعنى الهدي) هنا (ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها) فان كان نذر هدي شاة أو بدنة فانما يخرج عن العهدة بذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه اهداء قيمته وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه أو بقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينقل كاهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها (وجه قولهما أن النذر انما ينعقد) فيما هو (في الملك) قال النبي صلى الله عليه وسلم لا نذر فيما لا يملك ابن آدم (أو مضافا الى سبب الملك) مثل ان اشتريت

(باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك)

من النوم على الفراش والجلوس على السرير (قوله لهما أن النذر انما يصح في الملك أو مضافا الى سبب الملك)

وقوله (لا يحنث مالم يصل ركعتين) قيل عليه ينبغي أن لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين مالم يأت بالقعدة لان الصلاة لا تكون معتبرة بدون القعدة شرعا وليس بشئ لان الركعتين عبارة عن صلاة تامة وتمامها شرعا انما يكون بالقعدة أشار الى ذلك تعليله بقوله لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا والله أعلم

(باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك) قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل اما لان يمين لبس الثياب أكثر منه وجودا واما لان اليمين به مشروع وجودا وعدما بخلاف الضرب والقتل (ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي) أي صدقة أتصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح

(قوله قيل عليه ينبغي أن لا يحنث) أقول صاحب القيل هو الاتقاني

لان

لان اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا

كذا فهو هدي أو فعلي أن أتصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذي هو غزل المرأة سببا لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر في المشترى من القطن اذا غزل (وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج) لان العادة أن يشتري القطن ويجعله في البيت وهي تغزله فيكون المغزول مملوكا له (والمعتاد هو المراد) بالالفاظ فالتعليق بغزلها تعليق بسبب ملكه للثوب كأنه قال ان لبست ثوبا أملكه بسبب غزلك قطنه فهو هدي ولا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له وحينئذ لا فرق بين أن يملك القطن بعد ذلك أو في حال الحلف ثم استوضح على أن غزلها سبب عادي لملكه المغزول بقوله (ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر) بالاتفاق (مع أن القطن غير مذكور) وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك في المغزول لان معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنه وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول وبهذا فارق مسئلة التسري حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسري ليست اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسري أثراله بل هو متقدم عليه وبهذا بطل قول من رجح قول زفر في مسئلة التسري هذا والواجب في ديارنا أن يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب أبي حنيفة رحمه الله فيه *(وهذه فروع تتعلق باللبس)* حلف لا يلبس من غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يديه في الكمين ورجلاه بعد في اللحاف حنث * حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ولو حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث به ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث * ولو اتزر أو ارتدى حنث سواء القميص وغيره بخلاف لا ألبس قميصا لا يحنث اذا اتزر به أو ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فاتزر به أو تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل فاتزر به أو تعمم حنث ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء أو قباء ولم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفي هذا القباء يحنث لان في المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار الامام الوالد الحنث في المنكر أيضا لانه يلبس أيضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفي ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لا محالة لانه لابس لكن لبس الرداء بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس هذا الثوب فالقي عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه ملبس لا لابس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فحمل وأدخل فلو انتبه فالقاه كما انتبه لا يحنث وان تركه يحنث علم أنه الثوب المحلوف عليه أولا وكذا لو ألقى عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل أو خفا فادخل احدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالزيق والزر والعروة ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث أما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان

لقوله عليه السلام لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم (قوله لان اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه) لان غزلها قد يكون من قطنها (قوله والمعتاد هو المراد) فكأنه قال من قطني ومن قطن سأملكه ولهذا لو اشترى الزوج قطنا فغزلته ونسجته بغير اذنه يكون المنسوج للزوج (قوله وذلك سبب لملكه) أي غزل المرأة من قطن الزوج سبب لثبوت ملك الزوج في المغزول ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر أي انما يحنث به لانه أضاف الى سبب الملك وهو غزل المرأة لا الى ملكه القطن لان القطن لم يصر مذكورا حتى يضاف

وقوله (والمعتاد هو المراد) يعني فصار كأنه قال من قطني أو من قطن سأملكه (وذلك سبب) أي الغزل من قطن الزوج سبب ملك الزوج لما غزلته يعني من ملك الزوج وقوله (ولهذا) ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه يعني انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك سببا لان يملك الزوج غزلها مع أن القطن ليس بمذكور هناك وما ذاك الا باعتبار أن غزل المرأة سبب الملك الزوج لما غزلته في العرف والعرف لا يفرق بين أن يكون القطن مملوكا وقت الحلف أو لم يكن

(ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم (وان كان من ذهب حنث) لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال (ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لم يحنث عند أبي حنيفة وقالا يحنث) لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله أنه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا

فيه رقعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه وصلة في كمه أو دخريصة أو علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما خيط منه أو ما فيه سلكة منه لا يحنث ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند أبي يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى * لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلمانه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان يعمل بيده لا يحنث والا حنث * حلف لا يلبس حريرا أو ابريسما لا يحنث الا بثوب كله أو لحمته منه لا ما سداه أو علمه منه الا أن ينويه * لا يلبس هذا القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه فلو حشى به ثوبا وهو المضرب لا يحنث * وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب لانه يلبس الثوب لا الغزل ولا يلبس عين الغزل * لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث * لا يكسو فلانا فكساه قلنسوة أو خفين أو جوربين أو أرسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان نوى كسوته بيده ولو أعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث (قوله ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث) عندنا وعند الائمة الثلاثة يحنث (لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا) بدليل أنه أبيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة وانما أبيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وان كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا في العرف الذي هو مبنى الايمان قال المشايخ هذا اذا لم يكن مصوغا على هيئة خاتم النساء بان كان له فص فان كان حنث لانه لبس النساء وانما يراد به الزينة لا التختم فيكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سوارا أو خلخالا أو قلادة أو قرطا أو دملوجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد لان العرف في خاتم الفضة ينفي كونه حليا وان كان زينة (ولو كان الخاتم (من ذهب حنث) مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا (قوله ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة وقالا لا يحنث) وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد أو زمرد أو ياقوت وبقولهما قالت الائمة الثلاثة وجه قولهما أنه حلي حقيقة فانه يتزين به وسمي به في القرآن قال تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان (وله أنه لا يتحلى به) في العادة وهو المراد بقوله (عرفا الا مرصعا) بذهب أو فضة

اليه ولهذا لو قال ان لبست من غزلك من قطني فهو هدي اجماعا وان أضافه الى المرأة بان قال ان لبست من غزلك من قطنك لم يكن هديا اجماعا فلما أطلق ولم يقيد صرفناه الى ما هو المعتاد وهو غزل المرأة من قطن الزوج فيكون الغزل سببا للملك والاضافة اليه اضافة الى سبب الملك ولهذا يحنث فيما اذا غزلت من قطن هو ملك الزوج وقت النذر وان لم يكن القطن مذكورا ولو أهدى بقيمة الثوب جاز وفي التزام هدي شاة لا يجوز اهداء قيمتها لان القربة فيها اراقة الدم وفي الثوب سد خلة الفقير والقيمة فيه كالعين وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان وفي التزام هدي ما لا ينقل يهدي بقيمتها (قوله ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء) وهو ما تحلى به المرأة من ذهب أو فضة أو جوهر (قوله حتى أبيح استعماله للرجال) أي لو كان حليا يحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال وأما حل التختم لهم بالفضة فانما كان لغرض آخر وهو قصد التختم به لا التزين أو لما كان استعماله للتزين ولغرض آخر كان ناقصا في معنى الحلي هذا اذا كان الخاتم فضة خالصة أما اذا صنع الخاتم من فضة على هيئة خاتم النساء بان كان ذا فص يحنث وهو الصحيح كذا في الفوائد الظهيرية ولو لبس خلخالا أو دملوجا أو سوارا يحنث سواء كان من ذهب أو فضة لانه حلي كامل لانه لا يستعمل الا للتزين ولهذا لا يحل للرجال ذلك (قوله حتى سمي به في القرآن) قال الله تعالى ويستخرجون

وقوله (ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما يتحلى به النساء من ذهب أو فضة أو جوهر واستدل باباحة استعماله للرجال على أن الخاتم من فضة ليس بحلي لانه لو كان حليا لحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال وانما جاز التختم بالفضة لهم لقصد الختم أو لغيره لم يكن حليا أو كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا (وان كان من ذهب حنث) يعني كيفما كان سواء كان فيه فص أو لم يكن قيل الخواتيم ثلاثة الذهب مطلقا والفضة المفصوصة والحالف أن لا يلبس حليا يحنث بلبسهما والفضة الغير المفصوصة والحالف لا يحنث بلبسه وقوله (ولو لبس عقد لؤلؤ) ظاهر والعقد بالكسر هو القلادة والترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر وقوله (حتى سمي به في القرآن) أي بالحلي يريد به قوله تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها وقوله تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا لقوله تعالى يحلون

ومبنى

ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد (ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث) لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه (وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث) لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول (ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث) لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا (وان حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث) لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة عنه

(ومبنى الايمان على العرف) لا على استعمال القرآن فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشايخ قياس قوله أنه لا باس أن يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ (وقيل هذا اختلاف عصر وزمان) في زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفي عرفهما تحلوا بالساذج (ويفتى بقولهما) لان العرف القائم أنه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا (قوله ومن حلف لا ينام على فراش) أي فراش معين فانه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه (وفوقه قرام حنث) لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملي أي الملاءة المجعولة فوق الطراحة واذا كان تبعا له لم يعتبر وصار كأنه نام على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه فراشا آخر فانه لا يحنث اذا نام على الاعلى لانه مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل وروى عن أبي يوسف رواية غير ظاهرة عنه أنه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر أحدهما تبعا للآخر وحاصله أن كون الشيء ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا نفيه في الفراشين بل كل أصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يماسه الا الاعلى (قوله ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض) عرفا فاعتبر العرف كلا من الارض والبساط والحصير أصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل الجالس على أحدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ذيله حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس فلان على الارض فيحنث وسره أنه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كأنه جلس بنفسه على الارض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية (ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير) أو فراش (حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك) أي على ما يفرش عليه يقال جلس الامير على السرير ولا شك أن فوقه من أنواع الفرش (بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه) أي الآخر الاعلى (مثل الاول) الاسفل فلم يجعل تابعا له في العرف وهذا بالاتفاق وفرق أبو يوسف على تلك الرواية عنه في الفراش بالعرف فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وان كان أحدهما فوق الآخر بل يقال جلس على سرير فوق سرير وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح اذا حلف لا يجلس على أحدهما فبسط عليه وجلس حنث ولو بنى دكانا فوق الدكان أو سطحا على السطح اذا حلف لا يجلس على أحدهما انقطعت النسبة عن الاسفل فلا يحنث بالجلوس

منه حلية) وانما يستخرج من البحر اللؤلؤ والاصل في الكلام هو الحقيقة وله انه لا يتحلى به الا مرصعا والترصيع التركيب ومبنى الايمان على العرف فلا ينصرف الا الى المرصع عند اطلاقه * وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد (قوله ومن حلف لا ينام على فراش) أي فراش بعينه (قوله بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض) أي وهو لابسه أما اذا نزعه وطرحه على الارض وجلس عليه لا يحنث لانه حينئذ لم يبق تبعا له لان تبعيته باعتبار لبسه وبعد ما نزع صار هو بمنزلة البساط أو الحصير والله تعالى أعلم بالصواب

وقوله (ومن حلف لا ينام على فراش) يريد على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث فانه لو كان على حقيقته منكرا لحنث في هذه الصورة أيضا لانه نام على فراش وقوله (لانه تبع له فلا يعتبر حائلا) يشير الى أنه لو نزع ثوبه وطرحه على الارض وجلس عليه لم يحنث لانه حينئذ لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة البساط والحصير وقوله (ولو حلف لا يجلس على سرير) ظاهر مما تقدم

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره) يريد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم ذكر وجه المناسبة فى الباب المتقدم (ومن قال لآخران ضربتك فعبدى حر فمات فضربه فهو على الحياة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) وهو لا يتحقق فى الميت لانتفاء الايلام فيه ونوقض بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر أيوب عليه السلام فى يمينه بالضرب بهذا الذى ذكر ولم يوجد الايلام لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان أو حشيش فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه وأجيب بانه جاز أن يكون هذا حكما ثابتا بالنص فى حق أيوب عليه الصلاة والسلام خاصة اكراما له فى حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق به غيره هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث وروى عن ابن عباس أن الضغث عبارة عن القبضة من الشجر فجاز أن يصيبها ألم أجزائها فكان حكمه باقيا فى شريعتنا أيضا وتمام الكلام فيه فى الكشاف وذكر فى شرح الطحاوى ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله بر فى يمينه والايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره)

(ومن قال لآخران ضربتك فعبدى حر فمات فضربه فهو على الحياة) لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق فى الميت

على الاعلى ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والاسطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر فصلى عليه لا يكره قاله الشيخ أبو المعين فى شرح الجامع وفى كافى الحاكم حلف لا يمشى على الارض فمشى عليها بنعل أو خف حنث وان كان على بساط لم يحنث وان مشى على أحجار حنث لانها من الارض

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك)

من الغسل والكسوة (قوله ومن قال ان ضربتك فعبدى حر فهو على الحياة) حتى اذا مات فضربه لا يحنث (لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) أو استعمال آلة التاديب فى محل قابل للتاديب (والايلام) والادب (لا يتحقق فى الميت) لانه لا يحس ولذا كان الحق أن الميت المعذب فى قبره توضع فيه الحياة بقدر ما يحس بالالم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هى مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحياة فى تلك الاجزاء التى لا يأخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه ان كان بناه على انكار عذاب القبر أمكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد أورد على أخذ الايلام فى تعريف الضرب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر بضرب الضغث وهى حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه وأجيب أولا بمنع عدم الالم فى ضرب أيوب عليه السلام بالكلية وقد روى عن ابن عباس أنه قبضة من الشجر وان سلم فمخصوص بأيوب ودفع بانه تمسك به فى كتاب الحيل فى جواز الحيلة فلم يعتبره وفى الكشاف هذه الرخصة باقية والحق أن البر بضرب بضغث بلا ألم أصلا خصوصية رحمة لزوجة أيوب عليه السلام ولا ينافى ذلك بقاء شرعية الحيلة فى الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه بها مرة لا يحنث لكن بشرط أن يصيب بدنه كل صوت منها وذلك اما أن يكون باطرافها قائمة أو باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه أما عدمه بالكلية فلا ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة يبر ولو ضربه بمائة سوط وخفف بحيث لم يتألم به لا يبر لانه ضرب بصورة لا معنى ولا بد من معناه فلا يبر الا بان يتألم حتى ان من المشايخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضربه بها كون كل عود بحال لو ضرب منفردا به لاوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشايخ وهو انه لا بد من الالم *(فروع)* قال لاضربنك حتى أقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى أتركك لا حى ولا ميت وحتى تستغيث

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره أى الغسل والكسوة)

(قوله لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) فان قيل يشكل هذا بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر أيوب عليه السلام فى يمينه بهذا الضرب وان لم يوجد الايلام لما ان الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من حشيش أو ريحان فلم يكن لمجموعه ايلام فكيف لاجزائه قلنا جاز أن يكون هذا حكما ثابتا بالنص فى حق أيوب عليه السلام خاصة اكراما له فى حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنايتها بخلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث بانه حزمة من حشيش أو ريحان *وروى عن ابن عباس رضى الله عنه أن الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز أن يصيبها ألم أجزائها حينئذ *وفى الكشاف وهذه الرخصة باقية *وعن النبى عليه السلام انه أتى بمخدج أى برجل ناقص

(باب اليمين فى الضرب والقتل وغيره) (قوله فقد بر أيوب الخ) أقول ولك أن تقرر السؤال بان الضرب استعمل فى الآية المجيدة فيما الايلام فيه فعلم أن الضرب ليس اسما لما ذكرتم فحينئذ لا يكون للجواب مساس بالسؤال بل الجواب أن يقال ليس مبنى الايمان على ألفاظ القرآن بل على العرف كما سبق غير مرة (قوله وأجيب بانه جاز الخ) أقول أنت خبير بان الجواب عن المناقضة بالجواز خارج عن الآداب الا أن يجعل ما ذكر معارضة فالتعبير عنه بالمناقضة تسامح

ومن

قوله (ومن يعذب فى القبر) جواب عما يقال قولكم الايلام لا يتحقق فى الميت يشكل بعذاب الميت فى القبر وقيد بقول العامة احترازا عن قول أبى الحسين الصالحى فان الميت عنده يعذب من غير حياة ولا يشترط الحياة لتعذيب الميت وقوله (وكذلك الكسوة) يعنى ان قال ان كسوتك فعبدى حر فكساه بعد الموت لا يحنث وقوله (لانه يراد به) أى بالكسوة على تاويل الاكساء (التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا أن ينوى به) أى بالكسوة (الستر) فحينئذ يحنث لان فيه تشديدا عليه وقوله (وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس) دون التمليك وهو قول الفقيه أبى الليث ومعناه أنه يحنث لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فالبسه وهو ميت حنث لان الالباس عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك وقوله (وكذا الكلام والدخول) يعنى اذا حلف لا يكلم فلانا أو حلف لا يدخل على فلان فكلمه أو دخل عليه بعد ما مات لا يحنث فى يمينه (لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو) فان قيل قد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم أصحاب القليب حيث سماهم باسمائهم

(قال المصنف وهو من الميت لا يتحقق) أقول قال فى الكافى لان الموت ينافى بقاء الملك فلان ينافى ابتداءه أولى اه وفيه بحث فانهم صرحوا بان الميت أهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته

ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحياة فى قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا أن ينوى به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس (وكذا الكلام والدخول) لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت

فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبول أو تخرى (١) تبرك وعندى أيضا على الضرب الشديد لاضربنك بالسيف حتى تموت ولاضربن ولدك على الارض حتى ينشق نصفين فهو على أن يضرب به الارض (٢) ويركله فقط وخلاف هذا ليس بصحيح *حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه به حنث *حلف ليضربنه بنصل هذا السكين أو بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه به لا يحنث ولو قال ان لقيتك ولم أضربك فعبدى حر فرآه على سطح أو من بعيد بحيث لا تصل اليه يده ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل أو أكثر فلم يلقه *حلف لا يضرب امرأته فضرب أمته يعنى فاصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث *حلف لا أعذبه فحبسه لا يحنث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق (قوله وكذا الكسوة) اذا حلف ليكسونه فالقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك فى مفهومها ولذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس أهلا للتملك ليصح التمليك قال الفقيه أبو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغى أن يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك (قوله الا أن ينوى به الستر) استثناء من قوله فهو على الحياة الذى تضمنه التشبيه فى قوله وكذلك الكسوة فحينئذ يحنث لان السترة تتحقق فى حق الميت كما فى الحى فتنعقد يمينه على حالتى الموت والحياة وذكر ضمير به وهو الكسوة على تاويل قوله كسوتك وقيل على تاويل الاكساء ولا وجود له فى اللغة (قوله وكذا الكلام) يعنى اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحياة فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه لا يسمع فلا يفهم وأورد أنه صلى الله عليه وسلم قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر رضى الله عنه (٣) أتكلم الموتى يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده ما أنتم باسمع لما أقول من هؤلاء أو منهم وأجيب بانه غير ثابت يعنى من جهة المعنى والا فهو فى الصحيح وذلك بسبب أن عائشة رضى

الحلق قد حنث بامة فقال خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة ويجب أن يصيب المضروب كل واحد من المائة اما أطرافها قائمة واما اعراضها مبسوطة مع وجود صورة الضرب وفى شرح الطحاوى ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربها ضربة واحدة ان وصل اليه كل سوط بحياله بر فى يمينه والايلام شرط فيه لان القصد من الضرب الايلام (قوله ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحياة) ثم من كل وجه عند البعض وبقدر ما يتألم عند البعض *وقال بعضهم يؤمن باصل العذاب ويسكت عن الكيفية وعن أبى الحسين الصالحى يعذب الميت من غير حياة اذ الحياة عنده ليست بشرط لثبوت العلم وقيد بقوله فى قول العامة احترازا عن قوله (قوله وكذلك الكسوة) يعنى لو قال ان كسوتك فعبدى حر (قوله وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس) أى من غير تمليك ولو حلف لا يلبس فلانا فالبسه بعد ما مات حنث لان الالباس هو الستر والميت يستر كما يستر الحى (قوله وكذلك الكلام) بان حلف لا يكلم فلانا أو لا يدخل دار فلان لان المقصود من الكلام الافهام وذا بالاسماع وذا لا يتحقق بعد الموت *فان قيل روى ان قتلى بدر من المشركين لما القوا فى

(١) تبرك هكذا فى الاصل ولعلها محرفة على تبرد بالدال بمعنى تموت كتبه مصححه (٢) ويركله هكذا فى بعض النسخ براء مهملة قبل الكاف أى يضربه برجل واحدة وفى بعض النسخ يوكله بالواو وهو تحريف فليحذر (٣) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها ما تكلم من أجساد لا أرواح لها وكلاهما صحيح والمدار على ثبوت الرواية كتبه مصححه

فقال هل وجدتم ما وعدربكم حقا فقد وجدت ما وعدني ربي حقا أجيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم وقوله (و يتحقق ذلك) يعني التطهير (في الميت) ألا ترى أن من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا تجوز وان كان مغسولا جازت (ومن حلف

يزار قبره لا هو (ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث) لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير و يتحقق ذلك في الميت (ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا

الله عنها ردته بقوله تعالى وما أنت بمسمع من في القبور وانك لا تسمع الموتى و بانه انما قاله على وجه الموعظة للاحياء لا لافهام الموتى كما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين أما نساؤكم فنكحت وأما أموالكم فقسمت وأما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم و بانه مخصوص باولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقي أنه روى عنه صلى الله عليه وسلم ان الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا ولينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح (قوله والدخول) يعني اذا حلف لا يدخل على فلان تقيد بالحياة فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته أو خدمته حتى لا يقال دخل على حائط ولا على دابة والزيارة للميت ليست حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها ولم يقل عن زيارة الموتى (قوله ولو قال ان غسلتك فعبدي حر انعقد على الحياة والموت لان الغسل الاسالة) والمعنى المراد به التطهير أو ازالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحياة وفي شرح الطحاوي الاصل أن كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه اهـ ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله صلى الله عليه وسلم عثمان بن مظعون بعد ما ادرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة أو التعظيم وقيل ان عقد على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف لا يغسل فلانا أو لا يحمله أو لا يمسه أو لا يلبسه فهو على الحياة والموت (قوله ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) وكذا لو وجاها أو قرصها وعن بعض المشايخ ينبغي أن لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا وأجيب بما علل به في الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه أو رماه بحجر أو نشابة فاصابه لا يحنث واستشكل عين الضرب بانها ان تعلقت بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع آلة التاديب في محل قابل له فيجب أن لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض لانه لا يتعارف ضربا أو بمعناه وهو الايلام فيجب أن يحنث بالرمي بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الايلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو اشكال وارد وما أجيب

القليب قام رسول الله عليه السلام على رأس القليب وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر رضي الله عنه أتكلم الميت يا رسول الله فقال ما أنتم باسمع من هؤلاء * قلنا هو غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت كذبتم على رسول الله عليه السلام قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما أنت بمسمع من في القبور ثم لو صح ذلك كان ذلك معجزة لرسول الله عليه السلام وقيل المقصود بذلك وعظ الاحياء لا افهام الموتى ونظيره ما روى أن عليا رضي الله عنه كان اذا أتى المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين أما نساؤكم فقد نكحت وأما أموالكم فقد قسمت وأما دوركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سل الارض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك حوارا أجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للجمادات والموتى (قوله يزار قبره لا هو) لان من طاف بباب رجل لم يعد زائراله ولو دخل عليه وهو نائم لا يعد زائراله فههنا أولى (قوله ومعناه التطهير) و يتحقق ذلك في الميت ألا ترى أن من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل بعد لا يجوز ولو كان غسيلا تجوز صلاته (قوله فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) قالوا هذا اذا كان اليمين بالعربية ولو كان بالفارسية لا يحنث كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله وقال في الاصل أو وجاها أو قرصها * وقال الشافعي رحمه الله لا يحنث لان هذه الاشياء لا تسمى

لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم) يتصل بالبدن (وقد تحقق الايلام من هذه الافعال (وقيل لا يحنث في حال الملاعبة) وان أوجعها وآلمها لانه يسمى في العرف ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الامام فخر الاسلام

ملكه فليتامل (قوله أجيب بان ذلك كان معجزة له عليه السلام) أقول وأجاب العلامة النسفي في الكافي بانه غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما أنت بمسمع من في القبور ثم قال على انه كان مخصوصا به اهـ قال الزيلعي و يجوز أن يكون ذلك لوعظ الاحياء ونظيره ما روى عن علي كرم الله وجهه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أتى المقابر قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين أما نساؤكم فقد نكحت وأموالكم فقد قسمت ودوركم قد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سل الارض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك جوابا أجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات اهـ وفيه بحث لانه يرده تتمة القصة لو صحت

(ومن

وقوله (من وقال ان لم اقتل فلانا) ظاهر وقوله (هو الصحيح) احترازعما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيه ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروى عن أبي حنيفة في رواية أخرى انه

(ومن قال ان لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث) لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي (فان لم يعلم به لا يحنث) لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا تتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

*(باب اليمين في تقاضي الدراهم) *

به من أن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا أو عرفا ومثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لانه وان وجد شرط الحنث عرفا لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده ان لا يبيع بعشرة أو باقل بل بأكثر ولو باعه باكثر لا يحنث أيضا لانه وان وجد شرط الحنث لفظا لانه لما باعه باحد عشر فقد باعه بعشرة أيضا لكنه لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع بقليل تامل ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعني الحنث اذا كان في الغضب أما اذا فعل في الممازحة فلا يحنث ولو أدماها لكن لا على قصد الادماء بل وقع الخطا في الممازحة باليد وعن الفقيه أبي الليث أنه قال هذا اذا كانت بالعربية أما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق ان هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية أيضا الا أنه خلاف المذهب (قوله ومن قال ان لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث) لانه لما علم بموته قبل حلفه والقتل ازالة الحياة بسبب عادي مخصوص لزم أنه عقد يمينه على ازالة حياة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالي المستمر عادة (وان لم يعلم لا يحنث) لانه عقد يمينه لا محالة على ازالة الحياة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة ولا حياة قائمة (فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف) السابق بين أبي يوسف وبينهما فعنده ينعقد و يحنث فعليه الكفارة وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد (قوله وليس في تلك المسئلة) أي مسئلة الكوز (تفصيل بين العلم وعدمه) بل الحكم أنه لا يحنث عندهما سواء علم أن فيه ماء وقت الحلف أو لم يعلم (قوله هو الصحيح) احترازعما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف فقال ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعن أبي حنيفة رواية أخرى لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر ووجهه أنه لو كان يعلم أن لا ماء في هذا الكوز فحلف ينبغي أن تنعقد يمينه عندهما على ماء يحدثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر يوجب حنثه بخلاف ما اذا لم يعلم أن في الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ماء في الكوز ولو أوجد الله تعالى فيه ماء كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه

*(باب اليمين في تقاضي الدراهم) *

ضربا عادة (قوله وقيل لا يحنث في حال الملاعبة) أي وان آلمها لانه لم يتعارف هذا ضربا بل ممازحة كذا في الفوائد الظهيرية * وهذا يدل على انه لو ضربها بآلة في حالة الملاعبة لا يحنث أيضا لانه يسمى ممازحة لا ضربا * وفي التفاريق الضرب لا يقع على الرأس بحجر أو غيره كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله (قوله ثم يحنث للعجز العادي) هو منسوب الى العادة أي لانه عاجز عادة لانه لا اعادة للحياة قبل اليوم الموعود في العادة فيتحقق العجز عن اعادتها عادة (قوله وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم) أي في مسئلة الكوز (قوله هو الصحيح احترازا عما ذكر في شرح الطحاوي) فقال فيه ولو كان يعلم أن الكوز لا ماء فيه فحلف وقال ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق * وروى عن أبي حنيفة رحمه الله في رواية أخرى انه لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر رحمه الله والصحيح ما ذكر في الكتاب كذا في الفوائد الظهيرية وقد تقدم الفرق بين مسئلة الكوز ومسئلة القتل والله تعالى أعلم بالصواب

*(باب اليمين في تقاضي الدراهم) *

لا يحنث علم أو لم يعلم وهو قول زفر وهو الصحيح لانه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في الكوز والله تعالى أعلم وان أحدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين لان الماء الذي أضيف اليه الشرب لا يحتمل الوجود اذ الحادث غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا أحياه الله تعالى فهو فلان لقوله تعالى فاماته الله مائة عام ثم بعثه وكان ما عقد عليه اليمين متوهما والعادي منسوب الى العادة كالارادي منسوب الى الارادة فان تاء التانيث تحذف في النسبة

*(باب اليمين في تقاضي الدارهم) * لما كانت الدارهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات وغيرها أخر اليمين التي تتعلق بها وخص الدارهم بالذكر لكونها أكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لان التقاضي سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه هذا ما قاله الشارحون وأقول جميع ما ذكر في الكتاب من المسائل مبناه على

*(باب اليمين في تقاضي الدراهم) * (قوله وأقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي) أقول فلا وجه لقصر سببية التقاضي على القضاء والقبض لكونه مبنى للعدد أيضا على ما ذكره

التقاضي على ما أصرح بذكره عنذر أس كل مسئلة والاصل في هذا الباب أن الديون تقضى بأمثالها وان العيب

(ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو على مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو أكثر من الشهر) لان مادونه يعد قريبا والشهر ومازاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر (ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة لم يحنث الحالف) لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق (وان وجدها رصاصا أو ستوقة حنث)

التقاضي المطالبة وهو سبب للقضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسائله وخص الدراهم بالذكر لانها أكثر دورانا في المعاملات (قوله ومن حلف ليقضين دينه الى قريب) أو عاجلا (فهو مادون الشهر) فان أخره الى الشهر حنث (وان قال الى بعيد) أو آجلا (فهو على أكثر من شهر) وعلى الشهر أيضا ولكنه قصد الطباق بين قوله مادون الشهر ومافوقه فلا يحنث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة أو أكثر بلا غاية محدودة الى الموت فان مات لاقل منه لاحنث عليه على مقتضى ماذكروا وقال الشافعي وأحمد ليس في عين القريب والبعيد تقدير لانه اضافي فكل مدة قريبة بالنسبة الى مابعدها وبعيدة بالنسبة الى مادونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل أن يقضيه وقلنا هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الأيمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على مانوى حتى لو نوى بقوله الى قريب أو عاجلا سنة أو أكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه ضحى أو عند الهلال ونحوها (قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها) أي بعض الدراهم (زيوفا) وهي المغشوشة غشا قليلا بحيث يتجوز التجار بها وانما يرده بيت المال (أو نبهرجة) وغشها أكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصي ويقبله السهل منهم (أو مستحقة لم يحنث) بذلك سواء رد بدلها في ذلك اليوم أولا (لان الزيف عيب) وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكور في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء (والعيب) في الجنس (لا يعدم الجنس) أي جنس الدراهم (ولهذا) أي ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم (لو تجوز بها) في الصرف أي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد أو جعلت رأس مال السلم صح مع أن الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فعرف أنه لم ينتف عنهما جنس الدراهم فيبر في اليمين بهما سواء حلف على القبض أو الدفع (و) كذا قبض الدراهم (المستحقة صحيح) ولذا لو أجاز المالك قبضها جاز واذا بر في دفع هذه المسميات الثلاثة فلو رد الزيوف أو النبهرجة أو استردت المستحقة لا يرتفع البر وان انتقض القبض فانما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثاله لو دفع المكاتب هذه الانواع وعتق فردها مولى المكاتب بسبب أنها زيف أو نبهرجة أو مستحقة لا يرتفع العتق (ولو كانت رصاصا أو ستوقة حنث) اذا انقضى اليوم ولم يرد

(قوله فهو أكثر من الشهر الحكم) في شهر كذلك لكنه ذكر الاكثر في مقابلة مادون الشهر * (قوله ووجد فلان بعضها زيوفا) أو نبهرجة في المغرب زافت عليه دراهمه أي صارت مردودة عليه لغش فيها وقد زيفت اذا ردت ودرهم زيف وزائف ودراهم زيوف وزيف * وقيل هي دون النبهرج في الرداءة لان الزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار * وقياس مصدره الزيوف وأما الزيافة فمن لغة الفقهاء * والستوق بالفتح أردأ من النبهرج وعن الكرخي رحمه الله الستوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب الاكثر فيه وقيل هو تعريب سه تو وهو أن يكون داخله نحاسا وخارجه فضة (قوله فلا يرتفع برده البر المتحقق) جواب عما يقال لما رد المقبوض انتقض قبضه من الاصل فصار كأن لم يكن فقال بلى انتقض القبض بعد الصحة لان المقبوض من جنس حقه فيظهر نقض القبض في حق حكم يقبل الانتقاض والبر لا يحتمل الانتقاض لان اليمين

لا بعدم الجنس وان مادون الشهر قريب ومافوقه بعيد قال (ومن حلف ليقضين دينه) تقاضى الرجل دينه وألح فحلف غريمه ليقضين دينه (الى قريب فهو مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو أكثر من الشهر) لما ذكره في الكتاب وجعل الشهر أيضا بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا وان زاد في التقاضي (فحلف ليقضين دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة بر في يمينه) لما ذكره في الكتاب والزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار وسيأتي في كتاب البيوع وقوله (فوجد شرط بره) يعني قضاء دينه في اليوم (وقبض المستحقة صحيح) ألا ترى أنه لو اشترى بها شيئا فأخذها المستحق بقي البيع صحيحا ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برده) أي برد ما قضى من الزيوف أو النبهرجة أو المستحقة (البر المتحقق) لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة فان مولى المكاتب اذا رد البدل لكونه زيفا أو نبهرجة أو استرد بالاستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض

لعيب أو استحقاق لان مبناه المقاصة وقد زال فقوله (وان وجدها رصاصا) ظاهر لانهما

وقوله (لان قضاء الدين طريقه المقاصة) بيانه أن ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التمليك ولرب الدين على المديون مثله أي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا (وقد تحققت بمجرد البيع) لان ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين المقاصة لان قضاء الدين حقيقة لا يتصور لان القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا

لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم (وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه) لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به (وان وهبها له) يعني الدين (لم يبر) لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غشا زائدا وهو تعريب سي توقه أي ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة ومابينهما نحاس ونحوه (لانهما ليست من جنس الدراهم حتى لا يتجوز بها في الصرف والسلم) ولا يعتق المكاتب بادائها فلو ردها المولى ظهر عدم عتق العبد (قوله وان باعه) أي ان باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضين اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه (عبدا وقبضه) رب الدين (بر) المديون (في يمينه) لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم كان بطريق المقاصة وهو أن يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لانه قبضه لنفسه ليتملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا اذا لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يقاصص به فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو أن يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته مثلها فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الدين يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد أولا حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص عليه محمد تأكيدا للبيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز أن يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا وقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم أقبض مالي عليك اليوم أو ان لم أستوف قال محمد (فان وهبها له لم يبر) يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقبل لم يبر المديون لان شرط البر القضاء ولم يوجد (لعدم المقاصة) ولان القضاء فعل المديون والهبة فعل

قد انحلت به وفي الايضاح والقبض وان انتقض بالرد ولكن اليمين قد انحلت قبل الرد لوجود شرطه وهو قبض الحق فلا يثبت الحنث في اليمين المنحلة لان الحنث يقتضي قيام اليمين ولم يبق اليمين (قوله حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم) لانه يكون استبدالا لا استيفاء وهذا ايضاح أنه ليس من جنس الدراهم (قوله وان باعه بها عبدا وقبضه) أي المشتري العبد وانما شرط القبض لان الثمن بنفس البيع وان وجب على المشتري الا أنه بعرضة السقوط وتقرره بالقبض فشرط القبض لهذا (قوله لان قضاء الدين طريقه المقاصة) ووجه ذلك هو أن ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله أي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا واذا ثبت أن طريق قضاء الدين ما قلنا وقعت المقاصة بين الدين وبين ثمن العبد فكان ثمن العبد قضاء لان ثمن العبد آخر الدينين وجوبا وآخر الدينين وجوبا قضاء لاولهما وجوبا اذ القضاء يتلو الوجوب (قوله وان وهبها له يعني الدين لم يبر) وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وقوله في الهداية لم يبر مشكل لانه يوهم أنه يحنث وليس كذلك لان اليمين لما كانت موقتة باليوم فاذا وهبه له قبل مضي اليوم فقد عجز عن تحقق البر قبل مجيء وقت الحنث وهو آخر اليوم فيبطل اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما لو قال ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فعبده حر فصب الماء قبل مضي اليوم فان اليمين تبطل عندهما والجواب أن قوله لم يبر ساكت عن الحنث فلا يحمل عليه بل المراد لم يبر ولم يحنث أيضا لفوات المحلوف عليه وهو الدين وهذا لان قوله لم يبر أعم من قوله يحنث ومن قوله تبطل اليمين فيحمل على الثاني تصحيحا لكلامه ولو لم يتقيد باليوم يستقيم كما في مسئلة الكوز وذكر في الفوائد الظهيرية بخلاف

الديون تقضى بأمثالها وقوله (فكأنه شرط القبض) كأنه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد البيع لما قال محمد في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه أن اشتراط القبض ليكون هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لان ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته فاذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان (وان وهبها له) أي ان وهب الدائن دينه للمديون (لم يبر) الحالف (لعدم المقاصة) لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء (والهبة) ليست فعله لانها (اسقاط من صاحب الدين) وانما قال لم يبر لانه أعم من الحنث فكأنه أشار بذلك الى أنه لم يبر ولم يحنث عند أبي حنيفة ومحمد لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على ما تقدم قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد بمرة لان البر نقيض الحنث فمن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع

 أحدهما يلزم وجود الآخر فلا يجوز أن يرتفعا جميعا وأقول ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لا يتصف بأحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس

(قال المصنف لان القضاء فعله) أقول فيه تأمل الا أن يكون بدلا عن قوله لعدم المقاصة (قوله قال بعض الشارحين ولنا فيه نظر) أقول أراد الاتقاني

(ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه) لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق ألا يرى أنه أضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به (فان قبض دينه فى وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق) لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه (ومن قال ان كان لى الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث) لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد على المائة

الدائن بالابراء فلا يكون فعل هذا فعل الآخر قال فى الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث أيضا عندهما لفوات المحلوف عليه يعنى تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم فى مسئلة الكوز أن بقاء التصور شرط لبقاء اليمين فى اليمين المؤقتة وهذه كذلك اذ الكلام هنا فى يمين مؤقتة وان كان فى الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بانه يستلزم ارتفاع النقيضين لان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق أحدهما اذا تماهما فى الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه أما فى الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعى فانما يثبت حكمهما ما دام السبب قائما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت أحد الامرين لا محالة من الحنث أو البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبل اليمين حيث لا بر ولا حنث فاذا فرض ارتفاعه كان الحال كما هو قبل وجوده وجميع ما أورده من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث فى مسئلة الكوز وقول الكرخى فى هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لان عدم الحنث متفق عليه وانما يفيده لو قالوا بر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل * واعلم أن جواب هذه المسئلة أعنى مسئلة الهبة مقيد بكون الحلف على يوم بعينه كما أشرنا الى ذلك أما المطلقة بان حلف ليقضين دينه فابرأه أو وهبه فلا شك أنه يحنث بالاتفاق لان التصور لا يشترط بقاؤه فى اليمين المطلقة بل فى الابتداء وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث بعد مضى زمن يقدر فيه على القضاء باليأس من البر بالهبة (قوله ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث) بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث (لان الشرط) أى شرط الحنث (قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض) المتفرق (الى كل الدين) حيث قال لا أقبض دينى وهو اسم لكله فلا يحنث الا بتمامه متفرقا غير أنه لو كان التفرق فى مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنتين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنتان كوزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى والمسئلة فى الجامع الكبير مؤقتة هكذا اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدى حر ان أخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقى حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه أخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان أخذت منها اليوم منك درهما دون درهم فاخذ خمسة ولم يأخذ ما بقى حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث أخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد (قوله ومن قال ان كان لى الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفى ما زاد على المائة) فيصدق على الخمسين اذ يصدق أن الخمسين ليس زائدا على المائة وأما

ما اذا وهبها اذ ليس فيها قضاء ولا اقتضاء بل هى اسقاط وابراء غير أنه ان لم يبر لم يحنث أيضا عندهما لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه مجهة فى بطلان اليمين على ما عرف فى مسئلة الكوز وفى فوائد الخبازى رحمه الله وقيل ذكر اليوم فى وضع المسئلة وقع سهوا من الكاتب وذكر فخر الاسلام على البزدوى والشيخ الامام شمس الائمة السرخسى والشيخ الامام أبو المعين النسفى رحمهم الله هذه المسئلة فى كتبهم مطلقة غير موقتة باليوم فعلى هذا معنى قوله لا يبر يحنث لكن هذه نسبة الى السهو مع الوجه الصحيح وهو أنه لا يبر لبطلان اليمين فلا يحنث (قوله لان الشرط) أى شرط الحنث قبض الكل لكنه بوصف التفرق يعنى أن

فيجوز أن لا يتصف بواحد منهما واذا تقاضى دينه فقال أقضيه منجما فحلف (لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض الجميع) متفرقا لان شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه وهو اسم لكل ماله عليه (فينصرف اليه) والمركب ينتفى بانتفاء جزئه فاذا وجد أحدهما دون الآخر لم يحنث وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع وقوله (فان قبض دينه فى وزنين) ظاهر * ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال لا أملك ذلك المقدار فلم يصدقه فقال (ان كان لى الا مائة درهم فامرأته طالق ولم يملك الا خمسين درهما لم يحنث) لما ذكره فى الكتاب

(قوله لان شرط الحنث أمر مركب من قبض الكل بوصف التفرق) أقول فيه بحث الا أن يعتبر الجزء الآخر وصف التفرق فالاولى تبديل الباء بالواو (قوله ان فات عدم التفرق الخ) أقول الذى هو أحد الجزأين (قوله لم يوجد قبض الجميع) أقول الذى هو الجزء الآخر

قوله (ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) يعنى فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين

ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها (وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة) لان كل ذلك أداة الاستثناء *(مسائل متفرقة)* (واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا) لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفى (وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر فى يمينه) لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل

بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معنى اللفظ ليس لى مال الا مائة فالمائة مخرجة من نفى المال فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت فتكون المائة غير محكوم عليها بانها فى ملكه بل ولا متعرضا لها باثبات بوجه من الوجوه وهذا قول طائفة من المشايخ وأما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة أخرى أو على أن الاستثناء من النفى اثبات وهو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفى اثبات فى هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على أن له مائة وأما قول المصنف (ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) فظاهره أنه وجه مقابل لقوله لان المقصود منه عرفا الخ وهو أن يكون مدلولا له ومعلوم أن اخراجها ليس الا من النفى وحاصله اخراج جميع أجزاء المائة من عدم الملك فلو ضم كان الحلف على نفى خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعول عليه الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعى انه أعطى زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطنى الا خمسين فقال ان كنت أعطيته الا مائة فانه يحنث بالاقل وكذا اذا اختلف فى قدر الدين فقال لى عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال ان كان لى عليه الا مائة فهذا النفى النقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفى الجامع الصغير عبده حر ان كنت أملك الا خمسين فملك عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكاة حنث والا لا ألا ترى أنه لو قال مالى صدقة ينصرف الى مال الزكاة أو حلف مالى مال لا يحنث الا بمال الزكاة وفى خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة تأتى ان شاء الله تعالى

(مسائل متفرقة) أى هذه المسائل مسائل متفرقة فتكون الاشارة لامر حاضر فى الذهن أو تأخر وضع الترجمة عن وضع المسائل فتكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين أن يذكروا لما شذ عن الابواب هذه الترجمة ونحوها (قوله واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا لانه نفى الفعل فعم الامتناع) فى جميع الاوقات المستقبلة (ضرورة عموم النفى) للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفى فى جميع الاوقات ثابتا (وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باى فعل فعله) سواء كان مكرها فيه أو ناسيا أصيلا أو وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل (وذلك بموت الحالف) قبل الفعل فيجب عليه أن يوصى بالكفارة (أو بفوت محل الفعل) كما لو حلف ليضربن زيدا أو ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد أو أكل الرغيف قبل أكله فحينئذ يحنث هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما أريناك فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه فى هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضى الوقت عندهما على ما سلف فى مسئلة الكوز خلافا لابى يوسف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف فى يومه حنث عندنا خلافا لاحد

شرط الحنث شيئان أحدهما قبض الكل والثانى وصف التفرق فيه فاذا وجد أحدهما دون الآخر لا يحنث ثم ههنا عند قبض البعض ان وجد التفرق لم يوجد قبض الجميع بعد فلا يحنث (قوله ولان استثناء المائة استثناؤها بجميع أجزائها) فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من أجزاء المائة فلهذا لا يحنث والله تعالى أعلم بالصواب

(مسائل متفرقة) (قوله فعم الامتناع ضرورة عموم النفى) لانه نفى الفعل مطلقا فيقتضى عدم الفعل فى جميع العمر ضرورة عموم النفى ووجوده فى جزء منه ينافى العدم فى جميعه (قوله فيبر باى فعل فعله) أى

من أجزاء المائة فلذلك لم يحنث *(مسائل متفرقة)* أى هذه المسائل التى أذكرها مسائل متفرقة ومن دأب المصنفين ذكر ما شذ من الابواب فى آخر الكتاب (واذا حلف لا يفعل كذا تركه أبدا) اليمين على فعل الشئ أو تركه لا تخلو اما أن تكون موقتة بوقت كيوم وشهر أو مطلقة فان كان الثانى وهو المذكور فى الكتاب فان كان على الترك تركه أبدا وان كان على الفعل بر بفعله مرة على أى وجه كان ناسيا أو عامدا مختارا أو مكرها أو بطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة فى سياق النفى تعم فيوجب عموم الامتناع وفى الاثبات تخص فان فعله فى صورة النفى مرة حنث وان فعله فى صورة الاثبات مرة بر (وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف أو بفوت محل الفعل) فان كان الاول ولم يذكره فى الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضى الوقت وان وقع اليأس بموته أو بفوت المحل لان الوقت مانع من الانحلال اذ لو انحل قبل مضى الوقت لم يكن للتوقيت فائدة

(قال المصنف ولان استثناء المائة) أقول فيه بحث الا أن يكون المراد الاشارة الى ما اشتهر عن أهل السنة من أن الجزء لا يغاير الكل فليتامل

(مسائل متفرقة)

(واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة) لان المقصود منه دفع شره أو شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية (ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر فى يمينه) خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع

(قوله واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمه بكل داعر دخل المدينة) وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعر بكسر العين فى الماضى وفتحها فى المضارع اذا فسد (فهو على حال ولايته خاصة) فلو عزل لا يلزمه اخباره بعد ذلك وهو قول الشافعى ورواية عن أحمد وهذا التخصيص فى الزمان يثبت بدلالة الحال وهو العلم بان المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره أو شر غيره بزجره لانه اذا زجر داعرا انزجر داعر آخر كما قال تعالى ولكم فى القصاص حياة وهذا لا يتحقق الا فى حال ولايته لانها حال قدرته على ذلك (فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية) واذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية وعن أبى يوسف أنه يجب عليه اعلامه بعد العزل أيضا وهو قول الشافعى ورواية عن أحمد لانه مفيد لاحتمال أن يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفى شرح الكنز أيضا ثم ان الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا مات هو أو المستحلف أو عزل لانه لا يحنث فى اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت مؤقتة فيحنث بمضى الوقت مع الامكان اه ولو حكم بانعقادها للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعى يوجب التقييد بالفور أى فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل أن لا يخرج عن البلد الا باذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بقيام الزوجية واذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودهما بخلاف ما لو حلف لا تخرج امرأته من الدار فانه لا يتقيد به اذ لم يذكر الاذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية فى الاذن وكذا الحال فى حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم تزوج بغير اذنها طلقت لانه لم تتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح (قوله ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر فى يمينه) الاصل أن اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب والقبول معا وفى عقود التبرعات بازاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحلى والاقرار والهدية وقال زفر هى كالبيع وفى البيع وما معه الاتفاق على أنه للمجموع فلذا وقع الاتفاق على أنه لو قال بعتك أمس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت أو آجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشترى والمستأجر لان اقراره بالبيع تضمن اقراره بالايجاب والقبول وقوله لم تقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث اذا حلف لا يبيع فاوجب فقط وعلى الحنث اذا حلف ليبيعن اليوم فاوجب فيه فقط ووقع الخلاف فى ذلك لو كان بلفظ

مختارا أو مكرها أو ناسيا أو بطريق التوكيل (قوله بكل داعر) الداعر الخبيث المفسد ومصدره الدعارة وهى من قولهم عود داعر أى كثير الدخان كذا فى المغرب (قوله وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية) وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يجب الرفع بعد العزل لانه مفيد لاحتمال أن يولى ثانيا فيؤدب الداعر ثم ان الحالف لو علم بدخول الداعر البلد ولم يعلم المستحلف حال قيام سلطنته لا يحنث بمجرد أنه لم يعلم لانه جعل شرط الحنث ترك الاعلام وبالتأخير لا يتحقق الترك مادام سلطانا وأما اذا لم يعلمه حتى مات المستحلف أو عزل فحينئذ يحنث الحالف ولا ينفعه اعلام السلطان الذى جاء بعده لان يمينه انعقدت على اعلام الاول كذا فى الذخيرة (قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه) أى قال وهبت منك هذا العبد ولم يقبل فقد بر فى يمينه وكذا لو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل حنث وقال زفر رحمه الله لم يحنث ما لم يقبلها ويقبضها لان الهبة لا تصح الا بهما ولنا أن الهبة اسم لايجاب الملك من جانب وقد وجد وفى الذخيرة الهبة هى التمليك من جانب الواهب

(واذا استحلف الوالى رجلا ليعلمه بكل داعر) أى مفسد خبيث من الدعارة وهى الخبث والفساد (دخل البلد كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة) وليس يلزم الاعلام حال دخوله وانما يلزمه أن لا يؤخر الاعلام الى ما بعد موت الوالى أو عزله على ظاهر الرواية (لان المقصود منه) أى من الاعلام (دفع شره) أى شر نفس الداعر (أو شر غيره بزجره) فان الوالى اذا زجره وأدبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة لو كانت فى قصده أو نيته وهذا المقصود انما يفيد فائدته اذا كان الوالى قادرا على تنفيذه وذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة (وكذلك بالعزل فى ظاهر الرواية) وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روى عن أبى يوسف أنه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف أيضا لانه مفيد فى الجملة وقوله (ومن حلف أن يهب) على ما ذكره فى الكتاب واضح واختلف أصحابنا فى ثبوت الملك قبل القبول فمنهم من قال بثبوته الا أنه بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة ومنهم من قال بعدمه لاحتمال أن يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر

(قوله كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة الخ) أقول ولو حكم بانعقادها للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة الى زجره ودفع شره فالداعى يوجب التقييد بالفور فور علمه به (قوله فلا يمكن دفع الضرر) أقول أى ضرر المنة

لانه

لانه تمليك مثله ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به أما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

الهبة فعندنا يبر بالايجاب وعنده يحنث ثم استدل المصنف لزفر باعتباره بالبيع (لانه) أى عقد الهبة (تمليك مثله) حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو أى عقد الهبة بلا قبول كالايجاب فى البيع ثم لا يشترط القبض فى رواية عنه بل بمجرد ايجاب الهبة والقبول من الآخر يبر لتمام السبب وانما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفى رواية أخرى عنه يشترط معه القبض فلا يبر حتى يقبض الآخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال المصنف (ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع) أى الهبة اسم للتبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيحنث ولا يراد تمامه سببا للملك الاعلى ما نقل عن بعضهم أن الملك يثبت به قبل القبول الا أنه بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لانه لا معول ولا عمل على هذا بل لابد من القبول لتمام العقد فكان فى احتياجه الى القبول فى تمام العقد ووقوعه سببا للملك الآخر كالبيع والحاصل أنه انما يتم به ما هو من جهته وهو التمليك وبهذا القدر لا يدخل فى ملك الآخر وان كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد له فهو كالبيع فى هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو فى تعيين مسميات شرعية لالفاظ هى لفظ البيع والهبة وأخواتها ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل أو الاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا أو بعت كذا يفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بان اسم البيع للمجموع ثم وقع النزاع فى اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما فى الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء أو بودان فرده عليه فلما رأى ما فى وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم فقد أطلق اسم الاهداء من أحد الجانبين فقط لغرض أنه رده عليه ووجهه أن قول ابن عباس أهدى اما حكاية قول الصعب بن جثامة أهديت لك هذا أو حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد أن اسم الهدية يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر أولا واستدل أيضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شئ منهما بلازم لان غاية ما فيه أنه يصح أن يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقرينة كقوله فلم يقبل ونحن لا ننكر أنه يصح أن يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر فى موضع أنه استعمل فى مجرد الايجاب بقرينة لا يفيد الحكم بانه هو معناه الحقيقى الذى يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة ألا ترى أنه لو قال بعته هذا الثوب بالف فلم يقبل لم يكن مخطئا ويكون مستعملا لاسم الكل فى الجزء فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على أن وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على أن البيع لمجرد الايجاب والاثبات وأما الاستدلال بقول الصديق لعائشة رضى الله عنهما كنت نحلتك عشرين وسقا من مال العالية وانك لم تكونى حزتيه فسماه نحلى قبل القبض فانما ينتهض على احدى روايتى زفر أنه مأخوذ فيه القبض أيضا ولسنا نصححها بل المعتبر المجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب ومسمى اللفظ وأما الوجه القائل ان المقصود من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعنى فالظاهر أن الاسم بازاء ما يتم به المقصود من العقد فلا يخفى أنه غير لازم والا كانت أسماء الامور التى لها غايات أسماء لتلك الغايات وأيضا فقصد الاظهار للسماحة هو عين المراآة ولا ينبغى حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الاجنبى وهذا أليق أن يجعل مقصودا للعقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الا بمجموع القبول والايجاب وأقربها أنه اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على شئ آخر فهو اسم لجزء السبب ان سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن أبى يوسف أن قبول المستقرض لا بد منه فيه لان القرض فى حكم المعاوضة فلو قال أقرضنى فلان ألفا فلم أقبل لا يقبل قوله ونقل عن أبى حنيفة

وذلك فى قوله وهبت ولا تعلق له بالقبول وانما القبول لثبوت الملك والملك حكم الهبة وشرط الحنث نفس الهبة

فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما

(ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لا يحنث) لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق

فيمر وايتان والابراء يشبه البيع من حيث انه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لانه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع أن في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والاشبه أن يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع للعوض * واعلم أن الابراء له شبهان شبه بالاسقاط لان الدين وصف في الذمة لا عين مال فباعتباره قلنا لا يتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار أن مآله الى عين المال حتى جرت أحكام المال عليه في باب الزكاة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق ولا يعلم خلاف في أن الاستقراض كالهبة * (فروع) * حلف لا يوصي بوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث وكذا لو اشترى أباه في مرضه فعتق عليه ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وأمره بقبضها بر ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير للعتابي أن الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الآخر ولو قال لعبدان وهبك فلان مني فانت حر فوهبه منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه اليه أولا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدأ الواهب فقال وهبتكه لا يعتق قبل أو لم يقبل وان بدأ الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له أجنبي فاجاز الحالف الهبة حنث كذا رواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب لانه لا ربح للاب في المال وتنعقد يمين نفي الشركة على ما عليه عادات الناس من الشركة في التجارات دون الاعيان فلو اشترى عبدا لم يحنث بخلاف ما لو قال لا يكون بيني وبينه شركة في شئ حيث يحنث بخلاف ما لو ورثا شيئا لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما أحب أو كره (قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لم يحنث) ويشم هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي اللغة الفصيحة المشهورة وأما شممت الطيب أشمه بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد أنكرها بعض أهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه فقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست بفصيحة ثم يمين الشم تنعقد على الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه وفي المغرب الريحان كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه وقيل في عرف أهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجر ذكره في المبسوط لانه تعالى قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان ولان الريحان انما يطلق على ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة للزهر خاصة هذا والذي يجب أن يعول عليه في ديارنا اهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم وأما كون الريحان الترنجي منه فيمكن أن لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان

لا حكمهما وفي جامع بكر رحمه الله هذا كما لو حلف لا يقر له بشئ أو لا يوصي ففعل ولم يقبل الآخر حنث ثم اختلاف أصحابنا رحمهم الله قال بعضهم الملك يثبت قبل القبول الا أن بالرد ينتقض دفعا للضرر والمنة وقال بعضهم لا يثبت لاحتمال أن يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة والكتابة لانه تمليك من الجانبين فكان تمامه بهما وكذا كل عقد فيه بدل والصدقة والعطية والهدية والنحلى والعمرى والاعارة كالهبة وفي الكفاية وكذا القرض وعن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى أن قبول المستقرض شرط لان القرض في حكم المعاوضة (قوله ومن حلف لا يشم ريحانا الخ) الريحان هو كل ما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء الريحان ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه كالآس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين كذا في المغرب وفي عرف أهل العراق الريحان اسم لما لا قيام له على الساق من البقل مما له رائحة طيبة ويستنبت في كل عام كالضيمران ونحوه وفي المبسوط ولو حلف لا

(ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق) قيل هذا تفسير الامام فخر الاسلام وقلده الصدر الشهيد والمصنف وفيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلا وجوابه أن معنى قوله اسم لما لا ساق له أن لساقه رائحة طيبة كما لورقه اصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة على أن نفيه في اللغة يتوقف على الاستقراء التام في أوضاع اللغة وهو متعذر وقيل في الضابط بين الورد والريحان ان ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رائحة طيبة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر ولورقه رائحة مستلذة فهو ورد

(قوله قيل هذا تفسير الامام الخ) أقول صاحب القيل هو الاتقاني (قوله وجوابه أن معنى قوله اسم لما لا ساق له الخ) أقول يعني اسم لما لا ساق له بلا رائحة بل يكون لساقه رائحة كما لورقه وساق الورد ليس له رائحة كما لورقه (قوله اصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة) أقول المعتبر في الايمان ما هو المتعارف بين الناس لا ما اصطلح عليه الفقهاء

(ولو

(ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه) اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبنى عليه. وقيل في عرفنا يقع على الورق (وان حلف على الورد فاليمين على الورق) لانه حقيقة فيه

ترنجي وعندما يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع (قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا فهو على دهنه) دون ورقه فلا يحنث بورقه وذكر الكرخي أنه يحنث به أيضا بعموم المجاز وهذا مبني على العرف فكان في عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في أيام الكرخي فقال به وأما في عرفنا فيجب أن لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن أصلا كما قال في الورد والحناء ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج * (فروع متفرقة الاصناف) * اذا حلف على الدجاج نفيا أو اثباتا وكذا الجمل والابل والبعير والجزور والبقر والبقرة والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والانثى والتاء للوحدة قال قائلهم لما مررت بدير هند أرقني * صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

والصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن أبي يوسف البقرة لا تتناول الثور وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للعجمي والبقر لا يتناول الجاموس للعرف * حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفي فقال لا أفعل كذا وكذا فكذلك يحنث * حلف لا يأكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص فطبخ فأكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكرها في فتاوى قاضيخان وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه انه لا يحنث أن يقيد بما اذا لم يجد طعم اللحم * حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاء وشرب قيأه لا يحنث * قال لعبده ان سقيت الحمار فانت حر فذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكنه لم يشرب * حلف لا يشرب عصيرا فعصر عنقودا في حلقه لا يحنث ولو عصره في كفه فحساه حنث أما لو قال لا يدخل حلقي حنث فيهما وفي الفتاوى هذا في عرفهم أما في عرفنا فينبغي أن لا يكون حانثا لان ماء العنب لا يسمى عصيرا في أول ما يعصر * حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حائط فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها أن تتسور الحائط قال الفقيه وبه نأخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج فانه يحنث * ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعا حسيا حنث قال الصدر الشهيد هذا في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا أنه لا يحنث قال والاصح أنه يحنث ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالاكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر اه يعني وقد أكرهت على السكنى وهو فعل والمكره على الفعل لا يضاف الفعل اليه فلا يحنث وقد صرح بجواب الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل فيمن قال ان لم أخرج من هذه الدار اليوم فقيد الحالف ومنع أياما أنه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق وكان ليلا فهي معذورة حتى تصبح ولو قال لرجل لم يكن معذورا هو الصحيح الا لخوف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به * كل عبد لي حر وله عبد بينه وبين غيره لا يعتق لانصرافه الى التام ومثله لا آكل مما اشتراه فلان فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لا يحنث لو أكل منه

يشم ريحانا فشم آسا وما أشبهه من الرياحين حنث وان شم الياسمين أو الورد لا يحنث لانهما من جملة الاشجار والرياحين اسم لما ليس له شجر ألا ترى أن الله تعالى قال والنجم والشجر يسجدان الى أن قال والحب ذو العصف والريحان فقد جعل الريحان غير الشجر فعرفنا أن ما له شجر ليس بريحان وان كانت له رائحة مستلذة (قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا) وفي المبسوط اذا حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث عندنا ولم يحنث عند الشافعي رحمه الله لانه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترى عين البنفسج لان المتصل بالدهن رائحة البنفسج لا عينه ولكنا نعتبر العرف فاذا أطلق البنفسج يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو

(ومن حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حنث اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبنى عليه) أي على البيع وهذا في عرف أهل الكوفة (وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه) أي الورد (حقيقة فيه) أي في الورق (والعرف مقرر له) أي لوقوع اليمين على الحقيقة يعني أن اسم الورد على الورق حقيقة وفي العرف أيضا يفهم منه

والعرف مقر له وفى البنفسج قاض عليه

ويعتق عبده المأذون وان كان عليه دين ولا يعتق عبد عبده المأذون عند أبى حنيفة اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليه دين ان نواه عتق والافلا وعند أبى يوسف ان نواه عتق والافلا كان عليه دين أولا وقال محمد عتقوا جميعا فى الاحوال كلها * قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيا فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان أراد به الاستحلاف فهو استحلاف ولا شئ على واحد منهما اذا لم يفعل * ولو قال لغيره أقسمت أو أقسمت بالله عليك لتفعلن كذا أو قال أشهد بالله أو أشهد عليك أو لم يقل عليك فالحالف هو المبتدئ الا أن يكون أراد الاستفهام فلا يمين عليه أيضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدى وان نواه * اشترى منا من اللحم فقالت امرأته هو أقل من من وحلفت عليه فقال ان لم يكن منا فانت طالق فانه يطبخ قبل أن يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة * حلف لا يأكل من خبز ختنه فسافر الختن وخلف لامرأته دقيقا نفقة فأكل منه حنث لانه باق على ملكه قال القاضى الامام هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلى من دقيقى بقدر ما يكفيك أما اذا أفرز قدرا من الدقيق وأعطاها اياه صار ملكا لها فلا يحنث قال فى الخلاصة وفى الفتاوى حلف لا يأكل من مال فلان فتناهدا فأكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما آكل من مال نفسه فى العرف وفيه نظر قال قلت للقاضى الامام لو كان أحد الشركاء صبيا لا يجوز هذا ولو كان كل واحد آكلا من مال نفسه ينبغى أن يجوز قال نعم استصوبنى ولكن لم يصرح بالخلاف اهـ وأقول الفرق أن عدم الحنث لأكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لا حقيقة وعلى العرف تبتنى الأيمان فلم يحنث وعدم جواز التناهد مع الصبى لانه غير آكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبى أيضا وفى الخلاصة حلف لا يأكل من خبز فلان فأكل من خبز بينه وبين فلان يحنث وقال فى مجموع النوازل لا يحنث لانه أكل حصته ولو حلف لا يأكل من مال فلان فمات فلان وهو وارثه فأكل ان لم يكن له وارث سواه أو كان فأكل بعد القسمة لا يحنث والا حنث ولو حلف لا يأكل رغيفا لفلان فأكل رغيفا بينه وبين غيره يحنث فى مجموع النوازل وكذا دار بين أختين قال الزوج لاحداهما ان دخلت الا فى نصيبك فانت طالق وهى غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت فى غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دار الفلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع أرض فلان فزرع أرضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض يسمى أرضا ونصف الدار لا يسمى دارا ولو حلف لا يأكل من مال فلان فأكل من حب بينه وبينه حنث ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث ولو حلف لا يأكل من طبيخ فلان فأكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا يأكل من قدر فلان فأكل من قدر طبخها فلان لم يحنث وفى الاصل لو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا اذا نوى شراءه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان أو يملكه فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم للكل فلا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث وفى مجموع النوازل امرأة وهبت طيرا فقال لها زوجها ان كرازتردا يكى تو بحرام فانت طالق فوهبت من آخر فأكل الحالف يحنث قال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما يأتى ينبغى أن لا يحنث صورتها فى الفتاوى حلف لا يأكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم

بشراه مشتريا للبنفسج أيضا ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث وذكر الكرخى رحمه الله فى كتابه أنه يحنث أيضا وهذا شئ يبتنى على العرف ففى أهل الكوفة فى ذلك الوقت بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب فى الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخى عرف أهل بغداد أنهم يسمون به بائع الورق أيضا فقال يحنث وهكذا فى ديارنا ولا نقول أن اللفظ فى أحدهما حقيقة وفى الآخر مجاز ولكن فيهما حقيقة أو يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والخيرى كالبنفسج وأما الورد والحنا قال فانى أستحسن أن أجعله على الورق والورد اذا لم يكن له نية وان اشترى دهنهما لم يحنث (قوله والعرف مقرر له) لان اسم الورد حقيقة

ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة (وفى البنفسج قاض عليه) أى غالب راجح يعنى أن اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعى لا على دهنه ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا راجحا فى اسم البنفسج على حقيقته

وهب

وهب الابن للحالف فاشترى به شيأ فأكله لا يحنث قال وهذا أصح من الاول وفى الجامع الصغير لو قال ان أكلت اليوم الا رغيفا أو ان تغديت برغيف فعبدى حر فأكل رغيفا ثم أكل بعده تمرا أو فاكهة حنث وفى فتاوى قاضيخان حلف لا يأكل اليوم الا رغيفا فأكل رغيفا مع الخل أو الزيت أو اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضى المجانسة فى المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس الرغيف فى المعنى المطلوب وهو الأكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان أكلت اليوم أكثر من رغيف فهو على الخبز خاصة وفى الفتاوى حلف لا يأكل هذه الخابية التى فيها الزيت فأكل بعضها حنث ولو كان مكان الأكل بيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنث حتى يأكل كلها وكذا فى البيضتين ولو حلف لا يأكل هذا الشئ كالرغيف مثلا فأكل بعضه قال أبو بكر الاسكاف ان كان شيأ يمكنه أن يأكله كله فى مرة لا يحنث بأكل بعضه وقال بعضهم اذا أكل بعض ما لا يمكن أن يأكل كله فى مجلسه يحنث فى يمينه وهو الصحيح وقال محمد كل شئ يأكله الرجل فى مجلس واحد أو يشربه فى شربة واحدة فالحلف على جميعه لا يحنث بأكل بعضه لكن فى الفتاوى للقاضى حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل وبقى منه شئ يسير يحنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق فى القضاء فيه روايتان اهـ وكأن المراد أن يترك شيأ قليلا جدا بحيث لا يقال الا أن فلانا أكل جميع الرغيف لقلة المتروك والا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص فى غير موضع انه اذا حلف لا يأكل هذا الرغيف لا يحنث بأكل البعض وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف على حرام حنث بأكل لقمة منه قال فى فتاوى قاضيخان قال مشايخنا الصحيح أنه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف على حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث بأكل البعض قال ابراهيم سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال كلما أكلت اللحم أو كلما شربت الماء فلله على أن أتصدق بدرهم فأكل فعليه فى كل لقمة من اللحم وفى كل نفس من الماء درهم * حلف لا يكلم فلانا وفلانا لا يحنث حتى يكلمهما الا أن ينوى الحنث بأحدهما فيحنث بواحد منهما أما لو قال لا أكلمهما أو قال بالفارسية أين دوكس سخون نكويم ونوى واحدا لا تصح نيته ذكره فى المحيط قال وينبغى أن تصح لان المثنى يذكر ويراد به الواحد فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح اهـ فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا أو فلانا حنث بأحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفى مجموع النوازل لا أكلم فلانا يوما ويومين وثلاثة فهو على ستة أيام ولو قال لا أكلمه لا يوما ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة أيام * حلف لا يشرب من دار فلان فأكل منها شيأ قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين الامتناع عن جميع المأكولات وقال غيره لا يحنث فى يمينه الا أن ينوى جميع المأكولات والمشروبات أما لو قال بالفارسية فلا شك فى تناول المأكول والمشروب * حلف لا يغتسل من امرأته من جنابة فجامعها ثم جامع أخرى أو على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة الغسل حنث أيضا اذا اغتسل لانه اغتسل عنها وعن غيرها فيحنث كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث ولو حلف لا يحل تكته على امرأته ان أراد أنه يجامع صح وهو مول وان لم يرد ان فتح سراويله للبول ثم جامعها لا يحنث لان فتح سراويله عليها أن يفتح لاجل جماعها وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغى أن يكون حانثا لوجود شرط الحنث ولو حلف لا يحل تكته فى الغربة فجامع من غير حل التكة ان نوى عين حلها لا يحنث وصدق قضاء وان لم ينو يحنث ونحو هذا قوله ان اغتسلت من الحرام فعانق أجنبية فأنزل قالوا يرجى أن لا يكون حانثا ويكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لا تغسل رأسها من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار أرجو أن لا تحنث قال الفقيه أبو الليث لان قولها كناية عن الجماع فاذا كانت مكرهة عليه لا تحنث ولو قال لها عند ارادته الجماع ان لم تمكنينى أو لم تدخلى معى فى البيت فلم تفعل أو فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون شهوته حنث والا لا وفى الجامع الكبير حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لا يحنث فان قال

فى ورقه وفى العرف يراد به الورق أيضا فكان العرف مقررا له وفى البنفسج قاض عليه لانه اسم للورق حقيقة ويراد به فى العرف دهنه فرجحنا العرف على الحقيقة لان مبنى الايمان على العرف والله تعالى أعلم بالصواب

عنيت فيما دون الفرج يحنث بهما ولو قال لامرأته ان فعلت حراما في هذه السنة فانت طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله بعاينتها بتداخل الفرجين وتعرف أنها ليست مملوكته ولا زوجة أو شهد عندها أربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت الا بذلك ولو أقرّ بها كفى مرة لا يسعها المقام معه فان جحد عند الحاكم أنه فعل وليس لامرأته بينة حلفته عند الحاكم فان حلف وسعها المقام معه قلت فهذه المسئلة تقيد مسئلة ما اذا علمت أنه طلقها ثلاثا يقينا ثم أنكر فانه لا تمكنه أبدا واذا لم تستطع منعه عنها الها أن تسمه ولو قال لها بالفارسية كرتو با كسى حرام كنى فانت طالق فابانها فجامعها في العدة طلقت عندهما لانهما يعتبران عموم اللفظ وأبو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليها الفتوى ذكره في الخلاصة وغيرها ولو قال لاخوان فعلت فلم أدعل قال أبو حنيفة ان لم يفعل على فور فعله حنث * حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففي البالغ لا يحنث لان معرفة البالغ كذلك و يحنث في الصغير وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فاخرجه الى جاره ولم يسمه بعد فرآه الجار ثم حلف أنه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا يدرى اسمها فحلف أنه لا يعرفها لا يحنث وكذا لو حلف أنه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لا يحنث الا أن يعنى به معرفة وجهه فيحنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لا يحنث * حلف لا أترك فلانا يفعل كذا كالا عمر أو لا يذهب من هنا أو لا يدخل يبر بقوله له لا تفعل لا تخرج لا عمر أطاعه أو عصاه

والله تعالى الموفق

للصواب

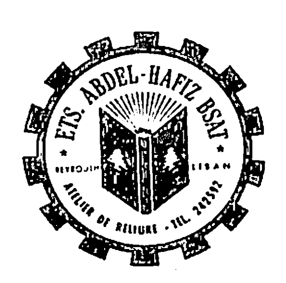
(تم الجزء الرابع من فتح القدير والكفاية على الهداية ويليه الجزء الخامس أوله كتاب الحدود)

(فهرست الجزء الرابع من فتح القدير والكفاية على شرح الهداية لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبى بكر المرغينانى)

صحيفه		صحيفه	
٢	باب طلاق المريض	٢٨١	باب عتق أحد العبدين
١٤	باب الرجعة	٢٩٨	فصل في الشهادة على العتق
٣٠	فصل فيما تحل به المطلقة	٢٩٩	باب الحلف بالعتق
٤٠	باب الايلاء	٣٠٥	باب العتق على جعل
٥٧	باب الخلع	٣١٦	باب التدبير
٨٥	باب الظهار	٣٢٥	باب الاستيلاد
٩٤	فصل في الكفارة	٣٤٧	كتاب الايمان
١١١	باب اللعان	٣٥٤	باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا
١٢٧	باب العنين وغيره	٣٦٥	فصل في الكفارة
١٣٥	باب العدة	٣٧٧	باب اليمين في الدخول والسكنى
١٦٠	فصل وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها الخ	٣٨٧	باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك
١٦٩	باب ثبوت النسب	٣٩٤	باب اليمين في الاكل والشرب
١٨٤	باب الولد من أحق به	٤١٧	باب اليمين في الكلام
١٩٠	فصل واذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها الخ	٤٢٧	فصل في يمين من حلف لا يكلم فلانا حينا أو زمانا
١٩٢	باب النفقة	٤٣٣	باب اليمين في العتق والطلاق
٢٠٧	فصل وعلى الزوج أن يسكنها الخ	٤٤٣	باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك
٢١٢	فصل واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة		
٢١٧	فصل ونفقة الاولاد الصغار الخ		
٢٢٠	فصل وعلى الرجل ان ينفق على أبويه الخ	٤٥٠	باب اليمين في الحج والصلاة والصوم
٢٢٩	فصل وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمته	٤٥٦	باب اليمين في الثياب والحلى وغير ذلك
٢٣١	كتاب العتاق	٤٦٠	باب اليمين في الضرب والقتل وغيره
٢٤٧	فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه	٤٦٣	باب اليمين في تقاضى الدراهم
٢٥٥	باب العبد يعتق بعضه	٤٦٧	مسائل متفرقة

(تمت)


وقفية الأمير غازي للفكر القرآني
THE PRINCE GHAZI TRUST
FOR QUR'ĀNIC THOUGHT


ETS. ABDEL-HAFIZ BSAT